IUSTI HENNINGII BOEHMERI ... EXERCITATIONES AD PANDECTAS IN QUIBUS PRAECIPUA...

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

1.6.720

A

Digitized by Google

Digitized by Google

1.6.7.12

31

IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICti

EXERCITATIONES

AD

PANDECTAS

TOMVS II.

Digitized by Google

Digitized by Google

IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICti

Potentiſſimi Boruſſorum Regis a Conſiliis Sanctioribus, Regiminis Ducatus Magdeburgici Cancellarii, Academiæ Fridericianæ Directoris, Ordinis ICtorum Præſidis et Profeſſoris iuris Primarii

EXERCITATIONES
AD
PANDECTAS

in quibus præcipua Digeſtorum capita explicantur,
antea ſigillatim editæ, nunc coniunctim ſecundum ordinem Pandectarum digeſtæ
CVRA FILII

GEORGII LVDOVICI BOEHMERI D.

Potentiſſimi Magnæ Britanniæ Regis a Conſiliis, et Anteceſſoris in Academia Georgia Auguſta.



TOMVS II.

HANOVERAE ET GOTTINGAE,
APVD IOH. WILH. SCHMID. ACAD. BIBLIOP.
cIↄ Iↄ cc xxxxvii.

Digitized by Google

Digitized by Google

1.6.740

LECTORI BENEVOLO

SALVTEM

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER.

Quod iam in lucem prodit Venerandi Parentis *ad Pandectas Exercitationum* alterum Volumen, varii generis non minus ad humaniorem iuris prudentiam, quam ad eam, quæ ab ipſo vſu forenſi commendationem accipit, pertinentia argumenta complectitur, quibus quæ libro II. vſque ad librum XI. Pandectarum

Digitized by Google

proponuntur præcipuæ doctrinæ, ex intimis iuris Romani antiquitatibus et ex verioribus iuris Romani principiis explicatæ ad vſum in Germania forenſem ita transferuntur, vt quorum iurium rationes in ſingularibus Germanorum inſtitutis poſitæ ſunt, ex propriis fontibus, ex rectioribus iuris Germanici principiis, deducantur. De inſtituti ratione præter ea, quæ in prioris voluminis præfatione expoſuimus, quod moneamus nihil eſſe videtur: id modo addentes, ſingulis exercitationibus, quod ex re Tua, LECTOR BENEVOLE, eſſe videbatur, præmiſſa eſſe ſuccincte expoſita earum argumenta, qua, quid in ſingulis diſputaretur, primo velut intuitu appareret. Eamdem in rem in vnum coacta in fronte voluminis conſpicis ſingularum exercitationum argumenta, indicis vicem ſubitura, cum magis ex re videretur, omnium doctrinarum, in ſingulis exercitationibus traditarum, *vniuerſalem indicem* finito operi ſubiungere, quam ſingulis voluminibus adiicere particulares indices. Facili itaque negotio vlteriori præfamine ſuperſederem, cum quæ iam recognitæ prodeunt, in Cathedra olim diſputatarum exercitationum argumenta et Reſpondentium nomina ex ipſo elencho intelligantur, mihi vero ſufficere poſſe videretur, quod Venerandi Senis, pia mente colendi Parentis, iuſſui in iiſdem cultius edendis ſatisfacere ſaltem contenderim. Ne tamen eaſdem ſine vllo præloquio in publicum exire paterer, recepti moris memor, quædam tantum

tum

Digitized by Google

tum eaque, quæ ad rem facere videbantur, quamquam inter alias occupationes admodum feſtinata, præfabor.

Quatuor priores ad librum II. Digeſtorum illuſtrandum comparatæ exercitationes *rem iudiciariam* concernunt: inter quas quarta tot tricis olim inuolutam *de libellis alternatiuis* doctrinam ad iuſtiora principia reuocat, omniaque ad vſum forenſem refert. Mirum eſt quantum libellorum conficiendorum ratio, quantum id, quod omnis proceſſus principium et præcipuum momentum eſt, litigandi materiam in ipſis rerum argumentis ſuppeditauerit, vt ſane prius, quam ipſa cauſſa in diſcuſſionem vocaretur, inanis ſæpenumero et per multorum annorum ſpatia de libello lis ageretur, maximo clientum malo, ſummoque iuſtitiæ obtinendæ et adminiſtrandæ impedimento: donec tandem his malis tum rectioribus propoſitis ICtorum principiis, tum legibus ipſis medela quæſita. Neque ſane vllo libellorum genere in publica commoda magis peccatum eſt, quam qui ex iuris Canonici olim inualeſcere cepit articulato libello, ſuo merito ideo Lege imperii publica e foris proſcripto. Docta ſunt quæ eam in rem proponit vir Illuſtris AVGVSTINVS DE LEYSER: a) illud vero, quod monet, ſe prohibiti libelli articulati rationem, quantacunque diligentia inueſtigauerit, nullam tamen, quæ ſatisfaceret, reperire potuiſſe, præter generalem illam, quam Iulianus *L. 20. D. de legibus* adfert, *non omnium, quæ a maioribus*

a) in *medit. ad Pandect. Spec. XXXVI. med. 1.*

ribus conſtitutae ſunt, rationem reddi poſſe, ad aliorum in illis excutiendis induſtriam excitandam monuiſſe videtur. Neque illa Viri docti coniectura, qua ſe ex ſchedis AVGVSTINI STRAVCHII obſeruaſſe refert, hunc Iureconſultum, Proceſſus iuris Saxonici callentiſſimum, ad *Receſſum* ſub finem Comitiorum, anno CIↃ IↃ C LIV. celebratorum, conficiendum ex ſparta ſibi publice demandata ſtilum accommodaſſe eumque hac occaſione varia *iuris Saxonici* capita, interque ea, hoc ipſum quoque de *articulati libelli* prohibitione ex iure Saxonico Receſſui inſeruiſſe opinatur, ſatis expedita, probabilis, et cum Legum Imperii publicarum ratione conueniens eſſe videtur. Quod igitur nec iniucundum, nec a vicini argumenti, nec ab inſtituti ratione alienum eſſe putabam,

> rationes et hiſtoriam LIBELLI ARTICVLATI, Lege Imperii publica in cauſſis ciuilibus abrogati,

quam fieri poteſt, breuiſſimis exponere contendam.

Cum libellus articulatus Lege Imperii publica, Ordinatione videlicet Camerali, probatus eſſet; b) eius abrogandi cauſſa, non ſine ratione pro *cauſſa Comitiali* habebatur. Vtique hoc ipſum dubium in Imperii Comitiis de anno CIↃ IↃ C LIV. propoſitum eſt, hanc in Camera imperii hactenus ſtricte obſeruatam per articulos actionem proferen-

b) ORD. CAMERAL. *de a.* CIↃCCCCXCV. *Cameral. p.* 9. ORD. CAM. de a. CIↃ IↃ LV. *tit. XII. §.* 3. in LVDOLPHI *Corpore iuris Part. III. tit. XII. §.* 8.

rendi rationem vim legis publicæ habere, non ſine graui cauſſa immutandæ. Sed cum in prædictis Comitiis de iuſtitiæ adminiſtratione in Imperio Germanico promouenda de eisque, quibus lites immortales euaderent emendandis et tollendis maxima ſollicitudine ageretur: Status Imperii non minimam litium nimis iuſto protractarum rationem in modo per libellum articulatum actiones explicandi poſitam eſſe animaduertentes, de eo abrogando conſilia inierunt. Actum primo loco ea de re eſt in *Deputatione Statuum Imperii ad Punctum Iuſtitiæ* in Comitiis Ratisbonenſibus anno CIↃ IↃ C LIII. Inter ceteros Statuum imperii delegatorum deputatos adminiſtros litium minuendarum et abbreuiandarum cauſſam magna auctoritate egit IOANNES SCHWARTZKOPP I. V. D. Sereniſſimi Ducis Brunſuico-Guelpherbytani miniſter et Cancellarius, et ad Imperii Comitia Legatus, hoc præcipuum vulnus eſſe dicens c), quo affligeretur Germania et iuſtitiæ adminiſtratio laboraret, propoſuitque varia morbi inualeſcentis medendi remedia. Inter cetera tandem placuit Deputationis Conuentui, cauſſam abrogandi libelli articulati exponere Imperii Comitiis: id quod factum eſt exhibita conſultatione, potiora momenta, quæ eius abrogationem ſuaderent, complectente, finitis Comitiis tandem publici iuris facta Helmſtadii anno CIↃ IↃ C LVII. ſub titulo:

)(3 *Gründ-*

c) Conf. IO. GOTTFRIDI DE MEIERN *Acta Comitialia Ratisbonenſia* Tom. II. p. 394.

Gründliches Bedencken von den Articulirten Klaglibellen bey dem letztem Reichstag zu Regensburg durch einen vornehmen Fürſtlichen Geſandten aufgeſetzet, und im Nahmen derer zum Iuſtitz-Weſen Herrn Deputatorum übergeben. Scriptum non niſi aliquot pagellis conſtans, hodienum rariſſimum, ſeruatur adhuc in bibliotheca, quam MAGNI MAECENATIS beneficio Facultas noſtra Iuridica debet. Auctor eius, ſi quid diuinando aſſequi licet, fuiſſe videtur laudatus IOANNES SCHWARTZKOPPIVS: coniecturæ rationes hæ ſunt, quod auctor iſtius conſilii Principis Imperii ad Iuſtitiæ cauſſas in Comitiis Ratisbonenſibus deputati Legatus eſſe dicatur, qua ſparta inter ſumma pro iuſtitiæ adminiſtratione promouenda ſtudia functum eſſe SCHWARTZKOPPIVM conſtat: deinde quod ſuffragium Brunſuico-Guelpherbytanum in Comitiis a SCHWARTZKOPPIO propoſitum eadem momenta in compendio et verbis ſubinde iiſdem referat,d) quibus idem Cancellarius libellum articulatum abrogandum in laudata conſultatione ſuaſerat; denique quod ipſa conſultatio Helmſtadii prelo exierit.

Quod Status Imperii, ad Iuſtitiæ cauſſas *deputati*, ſuaſerant, plurimorum Imperii Statuum in Comitiis Ratisbonenſibus ſuffragia tulit, et a. d. XX. Dec. anni CIↃ IↃ CLIII. *Communi Statuum Imperii concluſo* decre-

d) Quod exponitur in *Actis Comitial. Ratisbonenſ.* l. c. Tom. II. p. 517. p. 525. et 526.

decretum eſt, e) e foro eliminandam eſſe per articulos actionem proponendi et ad articulos reſpondendi rationem. Sed nec iſto Statuum Imperii placito res confecta erat, multis eiuſdem momentis et hac ipſa libelli articulati abrogandi cauſſa in vlteriorem Statuum Imperii conſultationem reuocatis; aliis mediam velut viam ingredientibus ſuadentibusque, abuſum, qui occaſione iſtius libelli in proceſſu inualuerat, coërcendum eſſe tantum, omnem eius vſum tollendum neutiquam, ſiquidem cauſſæ grauitas, vt amplioris facti circumſtantiæ per articulos proponentur, ſubinde exigere videretur; eoque inprimis pertinebant ſuffragia Palatino-Veldentinum, f) Brandenburgico-Onolsbacenſe g), et Wurtenbergicum h). Sed cauſſam articulati libelli, penitus abrogan-

e) vid. *Allgemeiner Reichs-Gutachten die Verbeſſerung des Iuſtiz-Weſens in Deutſchland betreffend, dictat. Ratisbonæ ſub derector. Mogunt.* 10. 20. *Dec.* 1653. in *Actis Comitial. Ratisbonenſ. l. c.* Tom. II. p. 427. ibi: *halten demnach Churfürſten und Stände und der abweſenden Räthe und Geſandten dafür, daſs zu vorbedeuteten Zweck nicht wohl füglicher zu gelangen, als daſs fürs erſte, der bisher in mehr Wege gemisbrauchte modus articulandi et ad articulos reſpondendi, ſamt denen dabey und darüber vorgangenen Diſputationen und Aufzüglichkeiten, ganz abgethan, und hingegen verordnet werden mögte, daſs in cauſſis ſimplicis querelæ ein ieder Kläger, welcher ohne das paratus ad iudicium zu kommen ſchuldig, bey Ausziehung des Proceſſ oder Ladung, ſeine Klage oder Libellum nicht Articuls-Weiſe, ſondern allein ſummarie verfaſst, darinnen das factum kurtz, neruoſe, iedoch deutlich, diſtincte, und da ihm beliebt, oder es der Sachen Weitläuftigkeit erfordert, Puncten-weiſs ausgeführet ſey, cum annexa concluſione et petitione.*

f) vid. *Acta Comit. Ratisbonenſ. l. c. Tom. II.* p. 472.

g) *ibid.* p. 503.

h) *ibid.* p. 567.

rogandi, grauiter perorante Cancellario Brunſuico-Guelpherbytano IOANNE SCHWARTZKOPPIO, i) ſpræualuit iam antea communi Imperii Statuum placito expoſita ſententia, eaque ab Imperatore probata, Receſſui Imperii §. XXXIV. inſerta eſt.

Recenſuimus fata legislationis in articulato libello abrogando; ex quibus illud perſpicue apparet, nihil ea in re deberi AVGVSTINO STRAVCHIO. Profecto Receſſuum Imperii, vbi finis imponendus eſt Comitiis, adornandorum ea eſt ratio, vt præter ea, quæ in Comitiis propoſita, Statuumque Imperii ad Imperatorem factis relationibus huiusque accedentibus reſolutionibus comprobata ſunt, inſeri poſſit nihil, totiusque iſtius negotii ſub auſpiciis Directorii Moguntini conficiendi adeo ſollicita eſt ratio, vt compoſitum legis comitialis proiectum, ne quid alieni et in comitiis non probati iuris inſeratur, omniaque ex placitorum comitialium reſolutionumque imperialium mente exponantur, in nouum Imperatoris Commiſſariorum Statuumque Imperii deputatorum examen reuocentur: id quod eadem ſollicitudine in Receſſu Imperii nouiſſimo condendo ſeruatum eſſe, accurate refert EITEL FRIDERICVS AB HERDEN. k)

Vtrum

i) *ibid.* p. 525.

k) *In der Grund-Feſte des Heil. Röm. Reichs Part. II. cap. X. p. 159. et ſeq.*

Vtrum vero eorum, quæ ita a maioribus conſtituta ſunt, idonea ratio reddi poſſit, diſquirere ſupereſt. Illud ante omnia monendum, quod et olim in Comitiis monuerat IOANNES SCHWARTZKOPPIVS, 1) ſi libellum articulatum ex ipſius tantum indole conſideres, non multum intereſſe, vtrum circumſtantiæ facti in determinatas propoſitiones, ſub forma ſolemni, articulorum reſoluantur, an vero ſtilo libero eoque continuo perſpicue proponantur: namque et factum in libello per diſtincta momenta exponere licet. Circumſpicienda potius eſt omnis procedendi ratio cum libello articulato arctiſſimo nexu ex iſtius æui vſu forenſi coniuncta, multorum malorum cauſſa. Libellum articulatum eo fine exhibebat actor, vt reus ad ſingulos eius articulos diſtincte reſponderet: ita enim faciliorem probandi viam ſibi parari exiſtimabat actor. Sed quid ad hæc reus? Hic nonnulla in articulis propoſita cauſſam non adeo proxime concernere animaduertens, tutiſſima quælibet vt ſuſpecta reformidans, reſpondere recuſabat, vel etiamſi omnia recte ſe haberent, ex more, quo fugere rei ſolent, reſpondendi ad articulos officium ſubire declinaturus, miſſa cauſſa principali, de articulis idem mouere incipiebat, obiectis exceptionibus, articulos eſſe *vagos, dubios, ancipites, impertinentes, captioſos, facti alieni, illatiuos, irreſponſales.* Itaque actoris erat, tueri libelli articulos et vin-

)( )(dica-

1) Vid. *Act. Comitial. l. c. Tom. II. p.* 526.

Digitized by Google

1.6.726

LECTORI BENEVOLO

SALVTEM

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER.

Quod iam in lucem prodit Venerandi Parentis *ad Pandectas Exercitationum* alterum Volumen, varii generis non minus ad humaniorem iuris prudentiam, quam ad eam, quæ ab ipſo vſu forenſi commendationem accipit, pertinentia argumenta complectitur, quibus quæ libro II. vſque ad librum XI. Pandectarum

Digitized by Google

tum eaque, quæ ad rem facere videbantur, quamquam inter alias occupationes admodum feſtinata, præfabor.

Quatuor priores ad librum II. Digeſtorum illuſtrandum comparatæ exercitationes *rem iudiciariam* concernunt: inter quas quarta tot tricis olim inuolutam *de libellis alternatiuis* doctrinam ad iuſtiora principia reuocat, omniaque ad vſum forenſem refert. Mirum eſt quantum libellorum conficiendorum ratio, quantum id, quod omnis proceſſus principium et præcipuum momentum eſt, litigandi materiam in ipſis rerum argumentis ſuppeditauerit, vt ſane prius, quam ipſa cauſſa in diſcuſſionem vocaretur, inanis ſæpenumero et per multorum annorum ſpatia de libello lis ageretur, maximo clientum malo, ſummoque iuſtitiæ obtinendæ et adminiſtrandæ impedimento: donec tandem his malis tum rectioribus propoſitis ICtorum principiis, tum legibus ipſis medela quæſita. Neque ſane vllo libellorum genere in publica commoda magis peccatum eſt, quam qui ex iuris Canonici olim inualeſcere cepit articulato libello, ſuo merito ideo Lege imperii publica e foris proſcripto. Docta ſunt quæ eam in rem proponit vir Illuſtris AVGVSTINVS DE LEYSER: a) illud vero, quod monet, ſe prohibiti libelli articulati rationem, quantacunque diligentia inueſtigauerit, nullam tamen, quæ ſatisfaceret, reperire potuiſſe, præter generalem illam, quam Iulianus *L. 20. D. de legibus* adfert, *non omnium, quæ a maioribus*

a) in *medit. ad Pandect. Spec. XXXVI. med. 1.*

rendi rationem vim legis publicæ habere, non ſine graui cauſſa immutandæ. Sed cum in prædictis Comitiis de iuſtitiæ adminiſtratione in Imperio Germanico promouenda de eisque, quibus lites immortales euaderent emendandis et tollendis maxima ſollicitudine ageretur: Status Imperii non minimam litium nimis iuſto protractarum rationem in modo per libellum articulatum actiones explicandi poſitam eſſe animaduertentes, de eo abrogando conſilia inierunt. Actum primo loco ea de re eſt in *Deputatione Statuum Imperii ad Punctum Iuſtitiæ* in Comitiis Ratisbonenſibus anno CIↃ IↃ C LIII. Inter ceteros Statuum imperii delegatorum deputatos adminiſtros litium minuendarum et abbreuiandarum cauſſam magna auctoritate egit IOANNES SCHWARTZKOPP I. V. D. Sereniſſimi Ducis Brunſuico - Guelpherbytani miniſter et Cancellarius, et ad Imperii Comitia Legatus, hoc præcipuum vulnus eſſe dicens c), quo affligeretur Germania et iuſtitiæ adminiſtratio laboraret, propoſuitque varia morbi inualeſcentis medendi remedia. Inter cetera tandem placuit Deputationis Conuentui, cauſſam abrogandi libelli articulati exponere Imperii Comitiis: id quod factum eſt exhibita conſultatione, potiora momenta, quæ eius abrogationem ſuaderent, complectente, finitis Comitiis tandem publici iuris facta Helmſtadii anno CIↃ IↃ C LVII. ſub titulo:

X 3 *Gründ-*

c) Conf. IO. GOTTFRIDI DE MEYERN *Acta Comitialia Ratisbonenſia* Tom. II. p. 394.

Gründliches Bedencken von den Articulirten Klaglibellen bey dem letztem Reichstag zu Regensburg durch einen vornehmen Fürſtlichen Geſandten aufgeſetzet, und im Nahmen derer zum Iuſtitz-Weſen Herrn Deputatorum übergeben. Scriptum non niſi aliquot pagellis conſtans, hodienum rariſſimum, ſeruatur adhuc in bibliotheca, quam MAGNI MAECENATIS beneficio Facultas noſtra Iuridica debet. Auctor eius, ſi quid diuinando aſſequi licet, fuiſſe videtur laudatus IOANNES SCHWARTZKOPPIVS: coniecturæ rationes hæ ſunt, quod auctor iſtius conſilii Principis Imperii ad Iuſtitiæ cauſſas in Comitiis Ratisbonenſibus deputati Legatus eſſe dicatur, qua ſparta inter ſumma pro iuſtitiæ adminiſtratione promouenda ſtudia functum eſſe SCHWARTZKOPPIVM conſtat: deinde quod ſuffragium Brunſuico-Guelpherbytanum in Comitiis a SCHWARTZKOPPIO propoſitum eadem momenta in compendio et verbis ſubinde iiſdem referat,d) quibus idem Cancellarius libellum articulatum abrogandum in laudata conſultatione ſuaſerat; denique quod ipſa conſultatio Helmſtadii prelo exierit.

Quod Status Imperii, ad Iuſtitiæ cauſſas *deputati*, ſuaſerant, plurimorum Imperii Statuum in Comitiis Ratisbonenſibus ſuffragia tulit, et a. d. xx. Dec. anni CIↃ IↃ CLIII. *Communi Statuum Imperii concluſo* decre-

d) Quod exponitur in *Actis Comitial. Ratisbonenſ.* l. c. Tom. II. p. 517. p. 525. et 526.

Digitized by Google

decretum eſt, e) e foro eliminandam eſſe per articulos actionem proponendi et ad articulos reſpondendi rationem. Sed nec iſto Statuum Imperii placito res confecta erat, multis eiuſdem momentis et hac ipſa libelli articulati abrogandi cauſſa in vlteriorem Statuum Imperii conſultationem reuocatis; aliis mediam velut viam ingredientibus ſuadentibusque, abuſum, qui occaſione iſtius libelli in proceſſu inualuerat, coërcendum eſſe tantum, omnem eius vſum tollendum neutiquam, ſiquidem cauſſæ grauitas, vt amplioris facti circumſtantiæ per articulos proponentur, ſubinde exigere videretur; eoque inprimis pertinebant ſuffragia Palatino-Veldentinum, f) Brandenburgico-Onolsbacenſe g), et Wurtenbergicum h). Sed cauſſam articulati libelli, penitus abrogan-

e) vid. *Allgemeines Reichs-Gutbachten die Verbeſſerung des Iuſtiz-Weſens in Deutſchland betreffend, dictat. Ratisbonæ ſub derector. Mogunt.* 10. 20. *Dec.* 1653. in *Actis Comitial. Ratisbonenſ. l. c.* Tom. II. p. 427. ibi: *halten demnach Churfürſten und Stände und der abweſenden Räthe und Geſandten dafür, daſs zu vorbedeuteten Zweck nicht wohl füglicher zu gelangen, als daſs fürs erſte, der bisher in mehr Wege gemisbrauchte modus articulandi et ad articulos reſpondendi, ſamt denen dabey und darüber vorgangenen Diſputationen und Aufzüglichkeiten, ganz abgethan, und hingegen verordnet werden mögte, daſs in cauſſis ſimplicis querelæ ein ieder Kläger, welcher ohne das paratus ad iudicium zu kommen ſchuldig, bey Ausziehung des Proceſſ oder Ladung, ſeine Klage oder Libellum nicht Articuls-Weiſe, ſondern allein ſummarie verfaſst, darinnen das factum kurtz, neruoſe, iedoch deutlich, diſtincte, und da ihm beliebt, oder es der Sachen Weitläuftigkeit erfordert, Puncten-weiſs ausgeführet ſey, cum annexa concluſione et petitione.*

f) vid. *Acta Comit. Ratisbonenſ. l. c. Tom. II.* p. 472.

g) *ibid.* p. 503.

h) *ibid.* p. 567.

rogandi, grauiter perorante Cancellario Brunſuico-Guelpherbytano IOANNE SCHWARTZKOPPIO, i) ſpræualuit iam antea communi Imperii Statuum placito expoſita ſententia, eaque ab Imperatore probata, Receſſui Imperii §. XXXIV. inſerta eſt.

Recenſuimus fata legislationis in articulato libello abrogando; ex quibus illud perſpicue apparet, nihil ea in re deberi AVGVSTINO STRAVCHIO. Profecto Receſſuum Imperii, vbi finis imponendus eſt Comitiis, adornandorum ea eſt ratio, vt præter ea, quæ in Comitiis propoſita, Statuumque Imperii ad Imperatorem factis relationibus huiusque accedentibus reſolutionibus comprobata ſunt, inſeri poſſit nihil, totiusque iſtius negotii ſub auſpiciis Directorii Moguntini conficiendi adeo ſollicita eſt ratio, vt compoſitum legis comitialis proiectum, ne quid alieni et in comitiis non probati iuris inſeratur, omniaque ex placitorum comitialium reſolutionumque imperialium mente exponantur, in nouum Imperatoris Commiſſariorum Statuumque Imperii deputatorum examen reuocentur: id quod eadem ſollicitudine in Receſſu Imperii nouiſſimo condendo ſeruatum eſſe, accurate refert EITEL FRIDERICVS AB HERDEN. k)

Vtrum

i) *ibid.* p. 525.

k) *In der Grund-Feſte des Heil. Röm. Reichs Part. II. cap. X. p. 159. et ſeq.*

Vtrum vero eorum, quæ ita a maioribus conſtituta ſunt, idonea ratio reddi poſſit, diſquirere ſupereſt. Illud ante omnia monendum, quod et olim in Comitiis monuerat IOANNES SCHWARTZKOPPIVS, 1) ſi libellum articulatum ex ipſius tantum indole conſideres, non multum intereſſe, vtrum circumſtantiæ facti in determinatas propoſitiones, ſub forma ſolemni, articulorum reſoluantur, an vero ſtilo libero eoque continuo perſpicue proponantur: namque et factum in libello per diſtincta momenta exponere licet. Circumſpicienda potius eſt omnis procedendi ratio cum libello articulato arctiſſimo nexu ex iſtius æui vſu forenſi coniuncta, multorum malorum cauſſa. Libellum articulatum eo fine exhibebat actor, vt reus ad ſingulos eius articulos diſtincte reſponderet: ita enim faciliorem probandi viam ſibi parari exiſtimabat actor. Sed quid ad hæc reus? Hic nonnulla in articulis propoſita cauſſam non adeo proxime concernere animaduertens, tutiſſima quælibet vt ſuſpecta reformidans, reſpondere recuſabat, vel etiamſi omnia recte ſe haberent, ex more, quo fugere rei ſolent, reſpondendi ad articulos officium ſubire declinaturus, miſſa cauſſa principali, de articulis idem mouere incipiebat, obiectis exceptionibus, articulos eſſe *vagos, dubios, ancipites, impertinentes, captioſos, facti alieni, illatiuos, irreſponſales.* Itaque actoris erat, tueri libelli articulos et vin-

)( )(dica-

1) Vid. *Act. Comitial. l. c. Tom. II. p.* 526.

dicare aduerſus obiecta vitia; et ſic *primum litigium* in eo, an reus ad exhibitos libelli articulos reſpondere obſtrictus eſſet, ad duplicas vel quadruplicas vſque per aliquot annos exactum, ad iudicis deciſionem deferebatur. Lata tandem interlocutoria ſententia, reoque ad reſpondendum condemnato, proximum erat *alterum litigium*, reusne apte et congrue ad articulos reſpondiſſet? Reo enim generalem, indeterminatam, vagam, ambiguam, captioſam, conditionatam, vel ſub appendice datam reſponſionem proferente, nihil obtinuerat actor, determinatam et diſtinctam iure ſuo exigens. En nouam diſputationem, per conſuetas allegationes ad diuturnius tempus deductam, quae litis inter plures impetratas dilationes differendae ampliſſimum locum faciebat. Rei reſponſione tandem iudicis decreto pro inſufficiente declarata, ne ſic quidem res compoſita erat, cum eadem lis ſuper noua propoſita reſponſione inſtaurari poſſet. Succedebat tandem *tertium litigium*. Quod enim ſaepenumero et facili negotio contigit, actorem non omnes facti circumſtantias libello articulato complexum eſſe, huic nouos articulos, quos vocant, *additionales*, vel vbi hi ad rem abſoluendam non ſuffecerant, *additionales additionalium* exhibere opus eſſe videbatur. Nouum ſuper eiſdem ſimili, vt dictum eſt, modo litigandi campum ſibi apertum eſſe animaduertens proteruus reus, nec reſpondebat, niſi damnatus, nec apte et con-

grue

Digitized by Google

ſtue reſpondebat, niſi poſt longas diſputationes in eum lata ſententia. Vt nihil dicam de lite, quæ ſuper articulis *defenſionalibus* ſeu *eliſiuis* et *eliſiuis eliſiuorum*, a reo exhibitis, eodem modo moueri poterat, ita per diuturnius tempus inter maximos ſumtus inter litigantes cauſſa inanis agebatur; et obſeruat IOANNES SCHWARTZKOPPIVS, ad XXX. XL. vel L. annos nonnumquam litigantium temeritate vel aduocatorum artibus in Camera Imperii exactam eſſe vanam ſuper ſolis articulis diſputationem. Quid ergo, ſi non iſta protrahendarum litium materia idoneam cauſſam huius procedendi modi e foro eliminandi dare debuit? cum ſumma iuſtitiæ adminiſtrandæ lex poſtulet, lites, quoad ſaluo vtriuſque litigantis iure fieri poteſt, quam celerrime componi. Legislatoris prouidi eſt, in proceſſu adornando expeditam procedendi rationem præſcribere, illam vero cauere, quæ et ipſa inter litigantes materia litigii euadere queat. Cauenda itaque et abroganda erat illa per articulos actionem explicandi ratio, ita comparata, vt inter inania de articulis litigia quieſceret fere cauſſa principalis, cuius expediendæ ergo libellus proponendus, non vt de libello ipſo diſputaretur.

Accedebat noua ratio, ex obſeruantia et vſu fori iſtius æui deſumta, quod cauſſa ipſa libello articulato non tam diſtinctius proponeretur, quam potius magis inuolueretur, et via ad probandam non tam facilior quam difficilior redderetur. *Prius* ex eo patet, quod per ingentem articulorum numerum, qui centenarium ſubinde ſuperabat, et, intermixtis alienis, totius facti nexus ſcinderetur, eoque nomine perſpicuitati magis obeſſet, quam prodeſſet libellus articulatus. Quod incommodum cum ab aduocatis procederet, eo ad euitandum difficilius fuerat, quod aduocatorum operæ in conficiendis libellis ex articulorum numero æſtimarentur, pretio monetæ, quod vulgo Kopfſtück nuncupatur, vel eius dimidio ſingulis articulis impoſito, ac proinde articulorum numerum non tam ex facti indole, quam ex ſuo lucro definirent, huic inhiantes et materiam diuturnioris litigii quærentes aduocati; ceu ex iſtius æui vſu in Comitiis monuit IOANNES SCHWARTZKOPPIVS. m) Amputanda itaque erat lucri temere quæſiti, difficultatis, et obſcuritatis materia. *Alterum* erat, quod probatis hac ipſa per articulos actionem edendi ratione iuxta obſeruantiam forenſem iſtius æui impeditior redderetur, ſiquidem pro diuerſitate

m) Vid. *Acta Comit. Ratisb. l. c. p.* 526. *Klaglibellen p.* 12. et *gründliches Bedenken vom articulirten*

tate articulorum vel additionalium, vel ſuperadditionalium, vel eliſiuorum, vel aliorum eiuſdem generis ſpeciale in vnaquaque articulorum ſpecie examen teſtium requirebatur, ad quodlibet examen alii commiſſarii nominabantur, et inter noua litigia de his vel admittendis vel recuſandis cauſſa omnis inani probationis apparatu inſtructa, poſtquam ad iudicis deciſionem fuerat deducta, quantum ſatis erat, neutiquam inſtructa, tum demum ſæpenumero in iuſtum tramitem reuocabatur, poſitoque vero controuerſiæ ſtatu, a quo hactenus receſſerant partes, tum demum, quid probari oporteret, a iudice decernendum erat.

Inter tot incommoda, duo ſuppetere remedia videbantur, *alterum*, vt per articulos actionem explicandi ad eosque reſpondendi ratio penitus tolleretur, alia vtiliori totque incommodis non obnoxia in eius locum ſubſtituta, *alterum*, vt, ſaluo iſto procedendi modo, incommoda, vſu forenſi cum eodem coniuncta, coërcerentur et emendarentur. Vltimum quod nonnulli Imperii Principes, mediam ſententiam ſequentes, ſuadebant, difficillimum, nec ad rem conſummandam ſufficiens videbatur, eo quod, cum articuli ab aduocatis conficerentur, de eorum qualitate litigia vix ac ne vix quidem euitari poſſent. Et adprime ac ex rei veritate ſententiam dixit Legatus Guelpherbytanus IOANNES SCHWARTZKOPPIUS, n) quod quamquam cauſſam amplio-

n) Vid. *Act. Comit. l. c. p.* 526.

pliorem per diſtincta momenta, vulgo Punctsweiſe, exponere, merito indulgendum eſſet, ab articulorum vocabulo tamen vel ideo abſtinendum eſſe, vt ne huius quidem vocabuli occaſione tot tantisque incommodis, quibus proceſſus eo tempore laborabat, iterum aditus aperiretur. Supererat ergo prius, e foro eliminandam eſſe tot pernitioſis incommodis inuolutam procedendi rationem, aliamque præſcribendam cauſſæ litigioſæ, ſatis ſuperque perorandæ, *ſufficientem*, et ad omnia iſta *incommoda euitanda* comparatam: qualis erat in Saxoniæ foris diu iam vſurpata, ipſaque forenſi experientia ab vtilitate ſatis commendata procedendi ratio, vt factum in libello perſpicue, breuiter, neruoſe, ſtilo continuo, vel ſi ob circumſtantiarum amplitudinem placeret, per diſtincta momenta proponeretur, reus vero in primo termino ad libellum æque diſtincte ac neruoſe reſponſurus, quid affirmaret quidue in facti circumſtantiis negaret, propoſitis ſimul omnibus exceptionibus, ſub pœna præcluſi ſignificaret, prout in Receſſu comitiali nouiſſimo §. XXXIV. et XXXVII. ampliſſime cautum eſt.

Sed redeo in viam. Quatuor priores, quæ rem iudiciariam tractant, in hoc volumine excipiunt quæ ad eumdem *librum II. Digeſtorum pactorum contractuumque* indolem explicant, ad eorumque *interpretationem* pertinent *quinque* exercitationes, inter quas, quæ de *ſuſpectis*

ſtis conuentionum formulis agit, auctorem habet IVSTVM GOTHOFREDVM MASCHKLAPPEN. Doctrina de procuratoribus ad illuſtrandum *librum III. Digeſtorum*, duabus exercitationibus expenditur, *altera*, qua origines *ficti dominii litis*, eiusque, ſi qui ſuperſunt, in foris noſtris effectus, altera *poteſtas procuratorum* in criminalibus expenduntur. *Reſtitutionis in integrum*, de qua *libro IV. Pandectarum* agitur, vſus in doctrina de *ſponſalibus minorum* oſtenditur et a ſpuriis aliorum hypotheſibus vindicatur Exercitatione XXXIV. Ad *librum V. Pandectarum* habes tres Exercitationes, quarum *altera officium iudicis* inſtruit, quouſque vel maxime patet in omni proceſſus genere. Quod cum varium ſit pro varia ipſarum cauſſarum minimarum, mediocrium et arduarum indole, *altera* potiſſimum iudicis in *cauſſis arduis et maioribus* diiudicandis dirimendisque partes expendit, ipſa cauſſarum arduarum indole ſimul explicata. *Tertia* ad eiuſdem libri titulum II. pertinet, querelæ inofficioſi originem et ſpeciatim *querelam inofficioſi fratrum conſanguineorum* tractans. Solemne olim fuerat iurium interpretibus, ad libri VI. Pandectarum titulum III. *Si ager vectigalis id eſt emphyteuticarius petatur*, ob argumenti cognationem exponere nonnulla ad feudorum iura pertinentia: quorum morum in digerendo exercitationum varii argumenti ordine ſequi non incongruum videbatur,

vt

Digitized by Google

vt adeo ibi propoſitas deprehendas de *feudis eccleſiaſticis*, *de iure cuſtodiendi reditus vacantis beneficii*, et de *vario cenſuum iure* et *ſignificatu* exercitationes. Quæ ad *locorum religioſorum* iura, ad ius mortuos in eiſdem *inferendi*, ad *luctum* funerum in illuſtrando *libri XI. Pandectarum titulo VII. et VIII.* pertinent, ex Romanorum et eccleſiaſticis antiquitatibus et ex iuris Canonici principiis tribus vltimis exercitationibus explicantur, inter quas, quæ de *iure erigendi cœmeterium* agit, a Viro Excellentiſſimo atque ampliſſimo, IOANNE GEORGIO PERTSCHIO conſcripta eſt, quam cum vir doctus ſub auſpiciis venerandi Parentis exarandam ventilandamque duxerit, eamdem inter reliquas hoc loco repetere par eſſe videbatur. Scripſi in Georgia Auguſta d. VII. Calend. Octobr. CIↃ IↃ CC XXXXVI.

INDEX EXERCITATIONVM.

EXERCITATIO XXIII.

Ad Lib. II. Pand. Tit. I.

de

Pœna Ius ſibi dicentis ſine Iudice.

Reſpondente SIGISMVNDO WILHELMO RICHTER *Berol.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXXV. pag. 1.

Cap. I.

de

Pœna Ius ſibi dicentis Ciuili.

§. I.

Diuerſitas iurium ex diuerſo ſtatu naturali et ciuili. II. In ſtatu naturali quilibet ſibi ius dicit, vel id bello perſequitur. Notantur pontificum molimina circa ius belli. III. In ſtatu ciuili ſolus imperans iudex. Duella et vindicta priuata prohibita. IV. Iuris Romani de eo ſententia. V. Pœna priuationis in eum, qui ſibimet ipſi ius dixit. VI. Leges iuris Romani de hac pœna. VII. Senſus harum legum. VIII. Huius pœnæ fundamentum eſt vis (1) vera non imaginaria, vt olim in Vindiciis. IX. (2) dolo. X. et (3) Sine iudice illata. Tempore iuſtitii ceſſat hæc pœna. XI. Et vbi in læſione imminente iudicis copia deeſt. XII. Quot modis ius dicatur ſine iudice? XIII. Quando id fiat ope iudicis, de facto procedentis. De diuerſa mandatorum S. C. ratione. XIV. De iudice ſibimet ipſi ius dicente; et quando id licite fiat. XV. De inuaſore rei alienæ, ius ſibi dicente. XVI. Ex legis conceſſione vis priuata iure infertur. XVII. An iure adhibeatur aduerſus conductorem, penſionem non ſoluentem? XVIII. Quatenus exerceri poſſit ex conceſſione teſtatoris, XIX. vel ex conuentione debitoris? XX. Pœna ius ſibi dicentis eſt priuatio iuris. XXI. Quando ceſſet?

Caput II.

de

Pœna Ius ſibi dicentis hodierna.

§. I. Verior de vſu iuris Rom. in foris noſtris ſententia. II. De vſu pœnæ priuationis negantium opinio. III. Affirmantium opinio. IV. Auctoris ſententia affirmatiua. V. Ius Canonicum hanc pœnam approbat. Explicatur c. 1. X. de dolo et contum: VI. In violenta beneficiorum occupatione et in ſpolio priuationis pœna decreta. VII. Conſenſus iuris Rom. et Germanici in hac pœna. Vſus reſponſo illuſtratur. VIII. Leges Imperii eandem pœnam confirmant. IX. Eadem iure feudali probatur. Reſponſum eam in rem. X. Conſtitutiones Brandenburgicæ de hac pœna. XI. Reſponſum de eius vſu in terris Brandenburgicis. XII. Conſtitutiones Pruſſicæ, Saxonicæ, Bauaricæ, Dithmarſienſes de hac pœna. XIII. Concluſio.

Digitized by Google

EXERCITATIO XXIV.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XI.

de

Contumacia non Reſpondentis.

Reſp. WOLFFGANGO HENRICO MVRR *Onoldo-Franc.*

Habita anno CIↃ IↃ CC XVII. pag. 72.

Caput I.

de

Contumacia non reſpondentis in cauſſis ciuilibus.

§. I. Iudiciorum auctoritas contra contumaces. II. Contumaciæ ratio et diuiſio. III. Contumaciæ in non comparendo et non reſpondendo diſcrimina. IV. In non reſpondendo quot modis committatur? V. Reus obligatus reſpondere ad interrogationes in iure factas. VI. Pœna rei in reſponſione mentientis. VII. Pœna rei non reſpondentis. VIII. Opinio Struuii et Franzkii de vſu interrogationum ad actiones perſonales adſtricto, confutata. IX. Nullus vſus interrogationum ante L. C. tempore Iuſtiniani, ſed tantum poſt L. C. An in praxi? X. Poſitionum ex interrogationibus in iure faciendis origo. XI. Earum vſus hodiernus. XII. Pœna doloſe negantis vel reſpondentis ad poſitiones. XIII. Requiſita vt contumax, non reſpondens ad illas, pro confeſſo habeatur. XIV. Pœna confeſſi et conuicti in beneficialibus et matrimonialibus. XV. Pœna peruerſe reſpondentis ad poſitiones. XVI. In litis conteſtatione rei reſponſio deſideratur eaque determinata. XVII. Pura eſt vel euentualis. XVIII. Contumacia in L. C. quot modis committatur? Contumax eſt reus, euentualiter litem non conteſtans, modo de iudicis competentia conſtat. XIX. Nulla rei obligatio ad L. C. coram iudice manifeſto incompetente, XX. vel ſi aliis exceptionibus fori declinatoriis, XXI. vel peremtoriis litis ingreſſum impedientibus tutus eſt, XXII. vel ſi citatio vitio laborat. XXIII. Exceptiones aduerſus pœnam contumaciæ. XXIV. Pœna contumaciæ litem non conteſtantis ex iure communi, XXV. ex iure Saxonico communi, XXVI. et ex iure Sax. Electorali. XXVII. Pœna litem non legitime conteſtantis, XXVIII. vel non debito tempore. XXIX. Pœna huius contumaciæ in proceſſu ſummario et executiuo. XXX. Contumacia actoris non reſpondentis in remediis prouocatoriis. XXXI. Contumacia teſtium non reſpondentium. Eorum pœna.

Caput II.

de

Contumacia non reſpondentis in cauſſis criminalibus.

§. I. Cautelæ circa contumaces in cauſſis criminalibus. II. Pœna confeſſi et conuicti in criminis leuioris reo contumace. III. Nullum commodum inquiſiti ex contumacia. Notatur Carpzouius et Barthius. IV. In grauiori delicto contumacia rei non reſpondentis coercetur duriori carcere. V. Quando tortura? VI. Vſus torturæ forenſis illuſtratus. VII. Cautelæ circa hanc torturam. VIII. Sententia nonnullorum de pœna confeſſi et conuicti aduerſus contumaces non reſpondentes. IX. Iudicium auctoris de hac pœna. X. Contumacia rei non reſpondentis ſub prætextu conſcientiæ. XI. Grauior contumacia rei non reſpondentis ad imperantis iuſſum. XII. Contumacia rei in non recognoſcendo litteras, XIII. et rei in ratificatione non reſpondentis. Eius pœna.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO XXV.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XII.

de

Eo, quod iuſtum eſt, durante iuſtitio.

Reſp. CASPARO a WOLDE *Equite Pomerano.*

Habita anno CIƆ IƆ CCV. pag. 124.

Caput I.

de

Natura et Cauſſis Iuſtitii.

§. I. Iudiciorum neceſſitas in ſtatu ciuili. II. Infelix reſpublica, iudiciis quieſcentibus. III. Iuſtitii definitio. IV. Generalis eius ſignificatus. V. Eſt vel indictum vel ſumtum. VI. Indicitur ob publicum luctum vel lætitiam. VII. Eius diſcrimen a feriis. VIII. Feriarum diuinarum et humanarum diſcrimen. IX. Iuſtitii diſcrimen a feriis diuinis et humanis. X. Indictio eius publica auctoritate fiebat. XI. De iuſtitio ſumto. XII. Eius a feriis differentia. XIII. Iuſtitium vniuerſale eſt vel particulare. XIV. Particularis iuſtitii ratio. Exemplum iuſtitii Cameralis. XV. Cur iuſtitium hodie indici non ſoleat ob luctum publicum, XVI. nec ob bellum. XVII. Cauſſæ ſumti iuſtitii. XVIII. Harum numero eſt bellum, XIX. nec non tempus peſtis, XX. et fames vrgentiſſima.

Caput II.

de

Eo, quod durante iuſtitio iuſtum eſt.

§. I. Status controuerſiæ. II. De ſtatu iuſtitii vniuerſalis quæſtio anceps. III. Deciſio. In defectu omnium iudiciorum ſtatus naturalis reducitur. IV. Iudiciis inferioribus tantum clauſis, ſtatus ciuilis ſeruatur. V. Conuenientia ſtatus iuſtitii cum ſtatu naturali. VI. De his, qui ſibi ius dicunt tempore iuſtitii. VII. Remouetur dubium, quod quilibet iudex ſuſpectus ſit in propria cauſſa; VIII. nec non alterum dubium, ab iniuſtitia deſumtum. IX. De validitate tranſactionis tempore iuſtitii. X. Grotii opinio de facultate ius ſibi dicendi, ſi quis de adminiſtratione iuſtitiæ deſperat, confutata. XI. et XII. De via facti tempore iuſtitii in cauſſis, in lite pendentibus. XIII. Præſcriptio non currit tempore iuſtitii. XIV. An ſola hoſtilitas ſiſtat præſcriptionem? XV. Dubia aduerſus vulgarem opinionem. XVI. Auctoris deciſio ex diuerſa vſucapionis et præſcriptionis indole. XVII. Vſucapio currit aduerſus impeditum; non vero præſcriptio; XVIII. ne quidem iure Codicis. Applicatio huius doctrinæ ad quæſtionem. XIX. De vi legum pendente iuſtitio. XX. De valore negotiorum iudicialem auctoritatem deſiderantium, tempore iuſtitii. XXI. De valore extraiudicialium negotiorum. XXII. De delicto tempore iuſtitii commiſſo. XXIII. De iure mariti circa diuortium tempore iuſtitii. XXIV. De iuſtitio particulari. De iure iudicis et aduocati intuitu ſalarii. XXV. De appellatione per ſaltum durante iuſtitio. XXVI. De iuſtitio in ſupremo iudicio. XXVII. De iure domini territorii pendente iuſtitio Camerali.

EXERCITATIO XXVI.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XIII.

de

Libellis Alternatiuis.

Reſpond. IOANNE FRIDERICO GRVNER, *Aulæ ac Reg. Saxo-Coburg. et Hilperhuſ. Adv. Ord.*

Habita anno CIↃ IↃ CCX.V. pag. 164.

Caput I.
de
Ineptitudine libelli alternatiui.

§. I. Nimis ſubtilis perſcrutatio libelli nociua. Inſtituti ratio. II. Forma edendarum actionum apud Romanos præſertim per libellos. III. Differentia inter libellum actionis et inter libellum principi vel magiſtratui exhibitum. IV. Diſputationes Romanorum de apta agendi et libelli formula. V. Alternatiua libelli formula quando Romanis probata? VI. quando improbata? VII. Liberior libellorum ratio, formulis agendi abrogatis. VIII. Inadæquata communis regula, de libellis alternatiuis non admittendis. IX. Verior de alternatiuis libellis ſententia. X. Rationes communis ſententiæ confutantur. XI. Differentia obligationis alternatiuæ et ſubſidiariæ. XII. Obligatio legum non eſt alternatiua, ad parendum vel ad pœnam, XIII. nec obligatio faciendi ad factum vel ad id, quod intereſt; XIV. nec oligatio ex emto ad mercem tradendam vel ad id, quod intereſt. XV. Id, quod eſt in facultate præſtandi, non pertinet ad alternatiuam obligationem. XVI. Alternatiua remediorum cumulatio non pertinet ad obligationem alternatiuam. XVII. Notatur Baldus et Gomeſius in diſcrimine alternatiui et disiunctiui libelli. XVIII. Ex circumſtantiis negotii accidentalibus, alternatiue determinatis, obligatio non redditur alternatiua. XIX. Pro indole obligationis rei alternatiuæ vel non alternatiuæ conficiendus eſt libellus. XX. Iudex magis indolem obligationis quam formulam libelli ſequi tenetur.

Caput II.
de
Libellis Alternatiuis Genuinis.

§. I. Inſtituti ratio. II. In alternatiua obligatione iuris, libellus alternatiue conficiendus. Notatur Bergerus. III. (1) Actio æſtimatoria deſiderat formulam alternatiuam. IV. Cautelæ ad hanc actionem ab æque ſimilibus diſtinguendam. V. De facultate pœnitendi in contractu æſtimatorio. VI. De alternatiuo libello (2) in actionibus contrariis præſertim in actione commodati. VII. nec non in actione locati; VIII. De alternatiuo libello (3) in actione ad dotandum vel nubendum. IX. An ſtuprator hoc caſu ad nubendum abſciſſe condemnari poſſit? X. (4) in actione in factum aduerſus eum, qui mortuum intulit in locum alienum, XI. (5) in aquae pluuiæ arcendæ actione, XII. (6) in interdicto ex L. 7. D. de damno infecto. XIII. (7) in proceſſu exſecutiuo. XIV. Petitum libelli ſimplex, quod alternatiuum eſſe debebat, ſuſtinetur vi clauſulæ ſalutaris. XV. De libello alternatiuo, ſi obligatio alternatiua naſcitur ex conuentione, XVI. vel ex vltimæ voluntatis diſpoſitione. XVII. Heres eodem modo ac defunctus altornatiue conueniendus.

Caput III.
de
Libellis Alternatiuis dubiis.

§. I. Ratio dubiorum circa libellos alternatiuos. II. De dubiis circa libellum (1) in actione ex L. 2. C. de reſcind. vend. in qua deeſt alternatiua obligatio, III. nec ideo libellus, IV. nec ſententia alternatiue concipienda. V. An hæc actio adhuc competat, re peremta apud emtorem? VI. (2) in actionibus noxalibus: VII. (3) in actione hypothecaria aduerſus tertium poſſeſſorem. Hiſtoria controuerſiæ circa libellum in hac actione, VIII. qui alternatiue non formandus. IX. Diſſentientium argumenta. X. Quatenus in ſen-

Digitized by Google

ſenſu iuris tolerandus? XI. Qualis ſententia intuitu eius ferenda? XII. In obligatione ſubſidiaria libellus alternatiue non formandus: XIII. tolerandus tamen in ſenſu iuris. XIV. In ea debitum principale vnice recte petitur et adiudicatur, XV. æque ac in obligatione faciendi, XVI. nec non in pactis reſolutiuis, XVII. in cautione, legati conditionati cauſſa, præſtanda, XVIII. ac in legato rei alienæ. XIX. Quatenus ob diuerſa iuris remedia libellus alternatiuus admittatur? XX. Exempla ſpuria libelli alternatiui.

EXERCITATIO XXVII.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XIV.

de

Suſpectis Conuentionum Formulis.

Reſpond. IVSTO GODOFREDO MASCHKLAPPEN *Quedlinburg.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXXXVII. pag. 223.

Caput I.

de

Natura Conuentionum.

§. I. Promittere et repromittere quid? II. Definitio pacti. III. Quid Vlpiano denotet? IV. Requirit conſenſum, V. eumque ſpontaneum; VI. VII. nec non intellectus vſum. VIII. Conſentiendi facultas vel phyſica eſt vel moralis. IX. X. Finis promiſſionum et pactorum. XI. Simulatio a pactis abeſſe debet; XII. XIII. æque ac dolus, XIV. vis iniuſta; XV. metus; XVI. error. XVII. Pacta in fraudem legis inita non valent, XVIII. nec de rebus priuato arbitrio exemtis, XIX. nec cum læſione tertii coniuncta. XX. Simulatum ne quidem vtroque conſentiente valet. XXI. Suſpiciones Simulationum. XXII. Indicia ſuſpicionum. XXIII. Suſpecta conuentio quid? XXIV. Irritum eſt, quicquid in fraudem legis vel tertii fit. XXV. Nexus cum cap. ſeq.

Caput II.

de

Suſpectis Conuentionum Formulis.

§. XXVI. Fraudes mortalium circa pacta, XXVII. ſuſpicio fraudis ex iuramento, pacto inualido adiecto. XXVIII. Suſpecta iurata conuentio cum prodigo. XXIX. Suſpecta alienatio fundi dotalis, iuramento vxoris firmata. XXX. Suſpecta iurata renunciatio SCti Macedoniani. XXXI. Quando mutuum aliarum rerum extra pecuniam ſuſpectum ſit. XXXII. Suſpectæ conuentiones ad tegendam vſurariam prauitatem: XXXIII. a) Si maior ſors mutuo data fingitur; XXXIV. b) Si vſuræ in anteceſſum ſoluuntur; XXXV. c) Si id, quod intereſt, limites vſurarum excedit, et ſimilia; XXXVI. d) Si creditor debitori merces carius vendit. XXXVII. XXXIII. Quando pactum de retrouendendo ſuſpectum ſit? XXXIX. Venditio fructuum in herbis ſuſpecta. XL. XLI. Exempla emtionum ſuſpectarum. XLII. Quando dotis augmentum ſit ſuſpectum? XLIII. Fraudes ad tegendam inualidam donationem inter virum et coniugem. XLIV. Quando fidei commiſſaria heredis inſtitutio? XLV. et alienatio fideicommiſſorum ſuſpecta? XLVI De ſuſpecta pignoris remiſſione. XLVII. De ſuſpecta alienatione criminis læſæ maieſtatis rei. XLVIII - LI. De fraudibus aduerſus legem Anaſtaſianam. LII. Quando pactum de non præſtanda euictione ſuſpectum ſit? LIII. Ceſſio nominis a Iudæo facta ſuſpecta LIV. LV. Fraudes circa conuentionem de pecunia luſu perdita. LVI. Exempla aliarum conuentionum ſuſpectarum.

EXERCITATIO XXVIII.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XIV.

de

Iure ex Pacto tertii Quæſito.

Reſp. FRANCISCO ANTONIO LVDOVICI *Weſtphalo-Bracul.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXXXV. pag. 256.

Caput I.

de

Iuris Romani Sententia in hoc argumento.

§. I. Iuris Romani cum iure naturæ nexus. II. Inſtituti ratio. III. Status controuerſiæ. IV. Principia iuris naturæ in pactorum obligatione. V. Ex quibus deducitur obligatio pacti in fauorem tertii initi. VI. Grotii ſententia, nec non VII. Pufendorfii, VIII. ac Thomaſii ſub examen reuocatur. IX. Diſpoſitio iuris Romani in hoc argumento eiusque rationes domeſticæ. X. Prima regula iuris antiqui: nemo alteri ſtipulari vel paciſci poteſt. XI. Nec pignoris obligatio tertio acquirebatur. Singularia in mutuo. XII. Ne pupillo quidem per tutorem obligatio acquirebatur, nec mandanti per mandatarium, XIII. nec ſocio per ſocium, nec tertio per deponentem vel commodantem vel emtorem, nec adiecto. XIV. Altera regula; ex contractu alterius nemo obligatur. XV. Veteris iuris Romani inde deductæ concluſiones. XVI. Prætoria poſterioris regulæ emendatio. XVII. Quare prior regula a prætore non æque ad æquitatis principia reducta ſit? XVIII. Aequior nonnullorum ICtorum huius regulæ interpretatio, Marcelli, Caii, Pauli. XIX. Ob ceſſionum difficultates tandem æquius ius reductum ſub Imperatoribus. XX. Diuus Pius vtiles actiones ex contractu tertii dedit. XXI. Quod illuſtratur contractu procuratoris, nomine mandantis inito. XXII. Vtiles actiones ceſſionem ſolemnem non deſiderabant. XXIII. Nouioris iuris vſus oſtenditur in venditione, depoſito, donatione, pignore aliisque contractibus, in fauorem tertii initis. XXIV. Iure nouo ergo alteri valide paciſci poſſumus.

Caput II.

de

Iure hodierno, quo in hoc argumento per Germaniam vtimur.

§. I. Fundamenta praxeos in hoc argumento. II. An obligatio pacti in fauorem tertii initi vniuerſim agnita ſit iure Canonico? Diuerſæ Dd. ſententiæ. III. Sententia auctoris. IV. Iure Germanico; conſuetudine vſuque forenſi probatur vniuerſalis iſtius pacti obligatio. V. Quod exemplis feudalium ciuiliumque negotiorum oſtenditur.

EXERCITATIO XXIX.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XIV.

de

Contractu non Prælecto.

Reſp. CAROLO LVDOLPHO von HAMMERSTEIN *Equite Weſtphalo.*

Habita anno CIↃ IↃ CC. pag. 309.

Ca-

Digitized by Google

Caput I.
de
Fundamento Prælectionis in Contractibus adhibendæ.

§. I. Iuriſprudentia applicationem iurium in cauendo maxime demonſtrat. II. Prælectio cautionis gratia a legislatoribus eſt introducta. III. Definitio prælectionis eiusque explicatio. IV. Quatenus prælectio ſupponat ſcripturam ab alio proceſſiſſe. V. Coram quibus fieri debeat. VI. Qualitates ſcripturæ, ex qua prælectio facienda per certas regulas exhibentur. VII. Scriptura damnabilis quatenus prælegenda? VIII. Excutitur quæſtio: quid per vocem contractus in titulo intelligatur? IX. Quatenus ſcriptura probationis et declarationis gratia adhibeatur? X. Quatenus ſubſtantiam Contractuum tangit? XI. Fundamentum prælectionis ſcripturæ probandi vim habentis. XII. Subminiſtratur cautela. XIII. Deducitur id vlterius ex iure ciuili. XIV. Fundamentum prælectionis, declarationis ſcripturæ tantum vim habentis, XV. Fundamentum prælectionis vbi ſcriptura ſubſtantiale requiſitum Contractus conficit. XVI. Applicatur hoc ad litterarum obligationem.

Caput II.
de
Vitio et Effectu Omiſſæ Prælectionis in Contractibus.

§. I. Scripturæ, quæ conſtant artis terminis obſtruſis præuia explicatione contrahentibus prælegenda. II. Hoc applicatur ad formam mandati hodiernam, et abuſus hinc oſtenditur. III. Quatenus talis formula mandati obligationem inducat? IV. Remouentur obiectiones. V. An certioratio in omnibus contractibus deſideretur? VI. Communis ſententia de certioratione. VII. Deciſio quæſtionis ſubiicitur. VIII. Remouetur obiectio ex L. 9. §. 3. D. de I. et F. ignor. IX. Notatur imprudentia Notariorum hac in materia. X. In ſpecie ad renunciationem SCti Velleiani fit progreſſus. XI. An iuramentum habeat vim certiorationis? XII. Reſpondetur diſtincte ad quæſtionem et quidem 1) illum ponendo caſum, quando quis iurauit, ſe nolle recedere a contractu. XIII. An iure Can. hic diuerſum obtineat? XIV. Excutitur 2) alter caſus, quo quis iurauit, ſe nolle vti vlla exceptione aut beneficio, ſibi de iure competente. XV. Quid de iure Can. hoc in caſu obtineat? XVI. Digreſſio fit ad iuramentum religionis, quatenus hoc obliget, non inſpectis libris Symbolicis? XVII. Formatur ſtatus controuerſiæ et reſponſio additur. XVIII. Obiectionibus reſpondetur. XIX. Progreſſus fit ad clauſulas inſtrumentorum. XX. Quid de chartis blancis ſentiendum? XXI. Dubiis reſpondetur. XXII. An ſcriptura ob omiſſam prælectionem poſſit eſſe liquida et paratam exſecutionem præbere? XXIII. Recognitio manus non ſufficit, ſi non contenta ſimul recognoſcantur. XXIV. In imperito litterarum recognitio difficulter procedit. XXV. Contradictioni emergenti reſpondetur. XXVI. Deciditur quæſtio in §. XXII. mota. XXVII. Quid obſeruandum, vt vitium omiſſæ prælectionis imputari nequeat?

Caput III.
de
Ratione Probandi Prælectionem.

§. I. De ratione probandi dubia quædam in vtramque partem proponuntur. II. Pro omni inſtrumento eſt præſumtio veritatis. III. Qui ſe fundat in vitio omiſſæ prælectionis, vitium hoc docere debet. IV. In perſonis tamen, in quibus ignorantia iuris præſumitur, certioratio non præſumitur. V. Reſoluitur dubium, quod qui neget non probet. VI. Quomodo probanda ignorantia. VII. Vbi ſcriptura tanquam medium declarandi voluntatem adhibetur, probat, qui prælectionem negat. VIII. Vbi ſcriptura ſubſtantiam negotii ingreditur, probatio incumbit ei, qui prælectionem negat. IX. Concluſio.

EXER-

EXERCITATIO XXX.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XIV.

de

Interpretatione facienda aduerſus eum, qui clarius loqui debuiſſet.

ad

Illuſtrandam L. 39. D. de Pactis.

Reſp. CAROLO ANDREA KERSTEN *Magd.*

Habita anno CIƆ IƆ CC. pag. 365.

§. I. Multos neſcire quid ſit Iuriſprudentia. II. Doctrina interpretandi a veteribus ICtis ex corpore iuris petita, III. ſicut et Ius Naturæ. IV. Ambiguitas veterum ICtorum in doctrina interpretationis. V. Reſtauratio huius doctrinæ. VI. Non recte doctrina interpretandi ex iure Romano petitur. VII. Regula: quod interpretatio ſit facienda contra venditorem et locatorem vt et ſtipulatorem. VIII. Dubia contra hanc regulam ita intellectam, prout iacet. IX et X. Poſtea regula rectius efformata a ICtis. XI. Methodus dicendorum. XII. Regula locum habet in ambiguis et obſcuris orationibus. XIII. Quænam obſcuritas hic intelligatur? XIV. Ambiguitas quotuplex? XV. Regula hæc locum habet, quoties aliæ communes deficiunt. XVI. Regula tantum locum habet in conuentionibus. XVII. Non in iudicio, XVIII. nec vltimis voluntatibus. XIX. Quis ſit ille, qui clarius loqui debuiſſet, vbi ſimul refutatur Mantica. XX. Ille clarius loqui debuit, qui ſingularem in contrahendo quærit vtilitatem, quod exemplo ſtipulationis declaratur. XXI. Explicatur L. 41. pr. D. de V. Obl. XXII. Applicatur fundamentum ad donationem. XXIII. Quomodo in contractibus bilateralibus regula intelligatur, vbi ſimul exemplis hoc declaratur. XXIV. Si apparet, contrahentes re vera diſſenſiſſe, non ſit interpretatio ſecundum naturam contractus. XXV. In contractu mutui interpretatio fit contra eum, qui ſingularem intendit vtilitatem. XXVI. Cur vt plurimum leges loquantur de venditore et locatore? XXVII. Iudicium de vulgaris brocardicis et in primis de L. 3. D. de Conſt. Princ. XXVIII. Explicatur L. 34. D. de contr. E. V. XXIX. Reiicitur explicatio Bachouii. XXX. Explicatur L. 13. qui pot. in pign. XXXI. Illotis manibus interpretationem iuris Romani aggrediendam non eſſe oſtenditur. XXXII. Speciales caſus ſubiunguntur ex ICtis noſtræ ætatis, addita epicriſi §. XXXIII. et ſeq.

EXERCITATIO XXXI.

Ad Lib. II. Pand. Tit. XIV.

de

Fundamento Pactorum Familiæ ad Fideicommiſſa inclinantium.

Reſp. FRANCISCO ARNOLDO MAXIMILIANO COSTERO *Hildeſienſi.*

Habita anno CIƆ IƆ CCXXX. pag. 403.

Ca-

Digitized by Google

Caput I.
de
Fideicommiſſis Conuentionalibus Iuri Romano aduerſantibus.

§. I. Teſtamenta Germanis olim incognita. II. Incommoda ex eorum receptione exorta. III. Fideicommiſſa inepte ad pacta ſucceſſoria applicata ſunt. IV. De pactis fideicommiſſariis eorumque diuiſione. V. In horum numero ſunt pacta, de bonis extra familiam non alienandis. VI. Quo iure hæc æſtimanda, Romano an Germanico? VII, et VIII. Donationes ſub modo ad fideicommiſſa conuentionalia referenda non ſunt. Explicatur L. 3. C. de donat. ſub modo. IX. Nec tacita fideicommiſſa eo pertinent L. 46. D. de hered. inſtit. L. 1. C. de delat. illuſtrantur. X. Nec pacta modalia fideicommiſſis æquiparanda. XI. Pactis nec ſucceſſio deferri, nec fideicommiſſa conſtitui poterant. XII. L. 38. §. 7. D. de legat. 3. explicatur; Langebeckii interpretatione reiecta, Fabri defenditur. Notatur Harprechti ſententia. Cautio fideicommiſſaria pactum ſucceſſorium non infert. XIII. Pacta ſucceſſoria et fideicommiſſaria iuri Romano prorſus improbata.

Caput. II.
de
Fundamento Pactorum ad Fideicommiſſum inclinantium ex Iure Germanico.

§. I. Fideicommiſſorum conuentionalium obligatio moribus deberi dicitur. II. Rectius vnice ex iure Germanico interpretanda. III. Principia iuris Germ. in hac doctrina. IV. Pactorum ſucceſſoriorum obligatio ex legibus Germ. euincitur. V. Iuri Germ. diſpoſitio de bonis hereditariis improbata. VI. Filiarum iure Germ. non alia niſi ſubſidiaria ſucceſſio, ne legitima quidem excepta. VII. Quæ iuris Germ. principia vt aduerſus Ius Rom. ſeruarentur, pacta familiæ condita ſunt. VIII. Vnde pacta inita de ſucceſſione filiabus deneganda, et de bonis non alienandis. IX. Quæ vnice ex iuris Germ. principiis diiudicanda. X. Valent in fauorem tertii, nec principis conſenſum deſiderat. De ſenſu formulæ: bis zum ledigen Anfall. XI. De bonis immobilibus valide ineuntur: et a muliere abſque curatore: ceſſante iure accreſcendi et quartæ detractione, ius perfectum in heredes tranſitorium et irreuocabile tribuunt, omnemque alienationem impediunt.

EXERCITATIO XXXII.

Ad Lib. III. Pand. Tit. III.
de
Dominio Litis.

Reſp. GEORGIO THEOPHILO HARRER *Ratisb.*

Habita anno CIↃ IↃ CC IX. pag. 443.

Caput I.
de
Conceptu et Origine Dominii Litis.

§. I. Argumenti ratio exponitur. II. De vſu dominii litis in iudicio et extra illud DD. ſententiæ. III. et IV. Male pro inſtantiæ dominio accipitur, V. et VI, nec non pro totius controuerſiæ dominio ex quaſi contractu deducendo VII. et VIII. An acquiſitio actionis rei iudicatæ eius fundamentum ſit? IX. Quænam in eruendo vero eius fundamen-

mento conſideranda? X. Quid denotet lis? XI. De Dominio litis principali, XII. et quatenus procuratori tribuitur. XIII. Origo eius deducta ex principio: quod nemo alieno nomine agere poſſet. XIV. Ratio huius prohibitionis. XV. Per perſonam extraneam extra iudicium, XVI. neque in iudicio quidquam ciuiliter, acquirebatur. Explicatur L. 123. D. de Reg. iur. XVII. et XVIII. Gothofredi interpretatio cit. legis exponitur et confutatur. XIX. Ratio huius legis ex iure antiquo explicata. XX. Sub colore dominii litis procuratores agere cœperunt. XXI. Olim per cognitores actum. Diſcrimen inter cognitores et procuratores. XXII. Procuratores ſolemniter et ex iuſta cauſſa conſtituebantur. XXIII. Quo ſenſu dominium litis de procuratore accipiatur? Explicatur L. 4. §. 3. D. de alienat. iudic. mut. cauſ. facta. XXIV. Quatenus procurator per ſubſtitutum agere potuerit? XXV. Ordinaria acquiſitio dominii litis fit per litis conteſtationem, XXVI. præuio tamen principalis mandato. XXVII. Satiſdatione defenſor litis ſuſceptæ dominus extra ordinem fiebat. XXVIII. Fictio dominii litis deficit in procuratoribus extraiudicialium negotiorum. XXIX. Dominium litis vindicatur Syndicis, XXX. nec non tutoribus et curatoribus poſt litem conteſtatam, XXXI. non vero nunciis et interpretibus.

Caput II.

de

Variis Effectibus Dominii Litis.

§. I. Verum cauſſæ dominium eſt penes principalem, fictum litis dominium penes procuratorem. II. Vnde principalis procuratori aſſiſtere poteſt: III. Verum dominium cauſſæ penes eum manet; IV. Inuito procuratore valide tranſigit; V. Actionem vtilem per procuratorem acquirit tam actiue quam paſſiue; VI. Ex iuſta cauſſa procuratorem valide mutat: VII. Rationes a procuratore exigit. VIII. Eius ſpeciali mandato opus eſt ad actus maioris præiudicii a procuratore peragendos. IX. Vi dominii ficti ſententia in procuratorem ferenda; X. Principalis citatus non comparens, non fit contumax, XI. nec procurator condemnatus in actione famoſa fit infamis, nec principalis; XII. Principalis cautionem, iudicatum ſolui, præſtat pro procuratore; XIII. Vnus ex pluribus procuratoribus, per occupationem litis, ceteros excludit; XIV. Procuratoris negligentia nocet domino. XV. Sibi actionem directam acquirit actiue et paſſiue; XVI. Alium ſubſtituere poteſt, XVII. et ſubſtitutum reuocare, XVIII. ipſe non poteſt reuocari, niſi cauſſa cognita. XIX. Procurator non niſi expreſſe conſtitui poteſt, XX. et non niſi in cauſſa principalis propria: XXI. nec in cauſſis criminalibus. XXII. An exceptio deficientis mandati poſt L. C. opponi queat? XXIII. Procurator principalem quoque in reconuentione tuetur. XXIV. An litem in heredes tranſmittat? XXV. Cauſſam in appellatione proſequi tenetur. XXVI. Morte principalis eius mandatum non exſpirat.

Caput III.

de

Vſu Practico Dominii Litis.

§. I. Sententiæ Dd. de vſu practico dominii litis. II. Effectus veri dominii litis omnes ſuperſunt; III. non vero dominii ficti. Sententia in principalem hodie ferri ſolet. IV. Principalis poſt L. C. in iudicio comparens ſine nullitatis metu agit. V. Quatenus procurator in cauſſis iniuriarum condemnetur. VI. Cautio principalis pro procuratore hodie non deſideratur. VII. Vnius plurium procuratorum nullum hodie ex litis conteſtatione præcipuum ius præ reliquis. VIII. Quatenus procuratoris contumacia domino noceat? IX. Soli principali actio iudicati acquiritur. X. Procurator non niſi vi mandati hodie ſubſtituit, XI. nec ſubſtitutum aliter ac vi mandati reuocat. XII. Libera hodie procuratoris reuocatio. XIII. Eius conſtitutio et-

Digitized by Google

iam tacito conſenſu fieri poteſt. XIV. An in popularibus actionibus procurator admittendus? XV. an in criminalibus? XVI. Exceptio deficientis mandati ſemper opponi poteſt. Procurator etiam ad reconuentionem datus cenſetur. XVII. An appellationem interponere poſſit? XVIII. An eius mandatum morte mandantis exſpiret? XIX. Concluſio.

EXERCITATIO XXXIII.

Ad Lib. III. Pand. Tit. III.

de

Poteſtate Procuratoris

in

Cauſſis Criminalibus.

Reſp. ANTONIO CHRISTOPHORO GRÖNING *Wiſmar.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXXVI. pag. 505.

§. I. Rationes maioris in noſtris foris procuratorum vſus, quam in foro Rom. II. Doctorum ſententiæ de procuratoribus in cauſſis criminalibus admittendis. III. Leges iuris Romani de hoc argumento. IV. Iure Rom. nec accuſator nec accuſatus per procuratorem agere poterat. V. Rationes huius regulæ, ab aliis adductæ, excutiuntur. VI. Verior et magis adæquata eius ratio. VII. Cauſſæ criminales non erant priuati arbitrii: ergo fictum litis dominium in procuratorem transferri non poterat: VIII. Vnde procurator generatim exulabat inſuper habito omni cauſſarum criminalium diſcrimine. IX Nec coniunctæ perſonæ procuratores eſſe poterant. X. Accuſatoris erat proprio nomine accuſare. Explicatur L. 2. C. de his qui accuſ. non poſſ. XI. Quatenus pro accuſato defenſor admittatur? XII. Inuitus etiam defendi poteſt. XIII. Explicatur L. 3. C. de accuſat. XV. Inter reos receptus recte adhuc defendebatur. XVI. In quo crimine abſens condemnari in eodem et defendi poteſt. An in capitalibus? XVII. Quatenus in non capitalibus damnari et defendi poſſit? XVIII. Procurator admittebatur 1) in cauſſis pecuniariis, XIX. 2) in actione contra libertum ingratum, 3) pro excuſanda abſentia, 4) in actione iniuriarum inter illuſtres, 5) pro clericis, 6) pro miniſterianis 7) pro vniuerſitate. XX. Diſcrimen inter procuratorem abſentis, et eum, qui communi officio abſentem defendit. XXI. Nexus doctrinæ huc vſque expoſitæ in compendio oſtenditur. XXII. Iuris canonici cum iure ciuili conuenientia in hoc argumento. XXIII. Iure Canon. nec accuſatoris procurator admittitur nec accuſati. XXIV. Vſus doctrinæ hodiernus. XXV. Procurator accuſatoris hodie admittitur, etiamſi huic ob calumniam grauior pœna immineat. XXVI. De procuratore rei. XXVII. Iuris Germanici ſententia in hoc argumento. XXVIII. De procuratoribus in iudiciis Weſtphalicis. XXIX. Quatenus pro reo præſente et abſente iure Germ. admittantur? XXX. Quatenus in proceſſu inquiſitorio? XXXI. In quibus cauſſis hodie admittantur? XXXII. De defenſione abſentis. XXXIII. De defenſore rei præſentis. XXXIV. De poteſtate procuratoris in proceſſu accuſatorio.

EXERCITATIO XXXIV.

Ad Lib. IV. Pand. Tit. IV.

de

Reſtitutione in integrum contra ſponſalia pura minorum.

Reſp. CAROLO FRIDERICO TRIER, *Conſil. Aul. Saxo-Weiſſenfelſ.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXXII. pag. 561.

§. I. Cauſſæ matrimoniales arduæ ſunt, II. pariter ac cauſſæ ſponſaliorum. III. Mirum ergo, denegatam in illis eſſe reſtitutionem in integrum. IV. Quæſtio mouetur de reſtitutione in integrum ex capite ætatis aduerſus illa. V. Sponſalia valida eſſe ponuntur. VI. Nec de iure ciuili, quo ſponſalium libertas conſtituta, ſed de hodierno quæritur. VII. Nec de ſponſalibus ex capite contumaciæ reſcindendis agitur. VIII. De reſtitutione aduerſus ſponſalia pura quæſtio eſt; IX. ſiue eadem filia immediate ſiue pater nomine eius contrahat. X. Dubia aduerſus illam (1) quod obligatio ſponſalium ſit iuris diuini, XI. (2) quod reſtitutio aduerſus matrimonium negetur, XII. (3) quod ſponſalia pura dicantur eſſe de præſenti, XIII. (4) quod negotium ſpirituale contineant, XIV. (5) quod æquitas deficere videatur, XV. (6) quod æque fauorabiles ſint ac datio libertatis, quæ reſtitutionem excludit, XVI. (7) quod læſio in patrimonio deeſſe videatur. XVII. Reſtitutionis auxilium adſtruitur doctorum aſſenſu, XVIII. (1) ob læſionem minorum, ex ſponſalibus metuendam: XIX. (2) quod ſponſalia ſint ſpecies conuentionis. XX. (3) quod in illis deſit ratio, quæ alioquin reſtitutionem aduerſus matrimonium excludit: XXI. ſponſalia pura enim male pro ipſo matrimonio habentur; XXII. (4) quod pura male dicantur eſſe de præſenti. XXIII. XXIV. Pura iure canonico inter ſponſalia de futuro referuntur, XXV. et mutuo diſſenſu diſſolui poſſunt: XXVI. (5) quod minores in integrum reſtituantur in cauſſis, ægre alioquin reſcindendis. XXVII. Dubia diſſoluuntur. XXVIII. Hæc reſtitutio æquitate non deſtituitur: XXIX. Nec læſio in ſponſalibus, temere initis, deeſt. XXX. Minor in ſponſalibus pro maiori haberi nequit. XXXI. Conſenſus curatoris in minorum ſponſalia reſtitutionem non impedit.

EXERCITATIO XXXV.

Ad Lib. V. Pand. Tit. I.

de

Iudice Procedente ex officio in Cauſſa Ciuili.

Reſp. GEORGIO HENRICO WVRZAEO *Simmera-Palatino.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXII. pag. 599.

Caput I.
de
Officii Iudicis Indole.

§. I. Expedit poteſtatem iudicis extendere in litibus dirimendis. II. Officium iudicis quid? III. Officium iudicis pedanei. IV. Officium Prætoris. Origo implorationum officii iudicis. V. Diſtinctione inter officium nobile et mercenarium. VI. Vis et poteſtas clau-

clauſulæ ſalutaris expenſa. VII. Vſus eius in defectu actionis ſolemnis. VIII. Notatur ſententia doctorum, qui implorationem iudicis concedunt, negato iuris remedio. IX. Vis huius implorationis in dubio iuris remedio. X. Iudex in cauſſa ciuili officium non impertitur niſi imploratus. XI. XII. Quando non rogatus ex officio procedat?

Caput II.
de
Iudice ex officio procedente ob qualitatem cauſſæ et proceſſus.

§. I. Iudex alia poteſt alia ex officio facere obligatur. II. Officium eius in cauſſis ſummariis, III. quod inſtruitur vel ex principis commiſſione, IV. vel ex legis diſpoſitione. Officium eius in cauſſis ruſticorum, V. in cauſſis eccleſiaſticis, VI. in legatis ad cauſſas pias, VII. in caſſis alimentorum, VIII. in cauſſa dotis, IX. in cauſſis tutelæ et miſerabilium perſonarum, X. in concurſu creditorum, XI. in cauſſis mercatorum et nauticis, XII. in cauſſis fiſci et publicis.

Caput III.
de
Iudice ex Officio Reiectionem decernente.

§. I. Officium iudicis in proceſſu ordinario, II. in primis in litium ambagibus reſecandis. III. Officium eius in actione iniqua et non fundata reiicienda: IV. quæ periculo petentis non admittenda. V. Reiicienda actio, inanis futura, VI. vel inepto libello propoſita. VII. Rationes reiectæ actionis a iudice ſuppeditandæ ſunt. VIII. Officium iudicis in aduocatis inhabilibus reiiciendis. IX. Officium eius circa procuratores inhabiles et non legitimatos, X. in litibus tempore feriarum non admittendis, XI. in reiiciendis exceptionibus reorum friuolis, inepta L. C. et ineptis poſitionibus, XII. in probatione irreleuanti, informi, teſtibus ſuperfluis et inhabilibus, interrogatoriis ineptis, rixoſis diſputationibus reiiciendis, XIII. in leuterationis et appellationis reiectione. XIV. Superioris iudicis officium in appellatione vel recipienda vel non recipienda.

Caput IV.
de
Iudice ex officio omiſſa a Partibus Supplente.

§. I. Officium iudicis ſuppletorium. II. De illo regulæ: III. Officium in ſupplendis eis, quæ ad integritatem iudicii pertinent; in iniungendo calumniæ iuramento, IV. in puniendis calumnioſis aduocatis, V. in coercendis mendaciis, VI. et contumacia, VII. in ſupplenda exceptione legitimationis ad cauſſam, VIII. in ſequeſtro ex quietis publicæ conſeruandæ cauſſa decernendo. IX. Officium iudicis in abbreuiando proceſſu, per tentatam amicabilem compoſitionem, negatas dilationes, conſtitutos commiſſarios, concluſionem cauſſæ ex officio decretam. X. et XI. Officium iudicis in ſupplendis, quæ iuris communis ſunt, XII. in ſupplendis exceptionibus facti, de quarum veritate ex actis conſtat.

EXERCITATIO XXXVI.
Ad Lib. V. Pand. Tit. I.
de
Cauſſis arduis et maioribus.
Reſp. FRIDERICO MAAS, *Holſ.*
Habita anno CIↃ IↃ CCXV. pag. 683.

Caput I.
de
Generali cauſſarum arduarum et maiorum conſideratione.

§. I. II. Quid arduum ſit, ſcire vtile, ſed difficile eſt. III. Leges accommodantur ad negotiorum naturam. IV. Multa in negotiis humanis arbitrio iudicis relicta ſunt. V. Iudicis diſpectio circa negotia ardua, mediocria, et minima. VI. Illorum diſcrimen intuitu iurium. VII. VIII. Opiniones doctorum in definiendis cauſſis minimis. IX. Iudicis arbitrio cauſſarum minimarum determinatio relinquenda: X. in eaque ad litigantium opinionem non reſpiciendum. XI. Cauſſarum minimarum iura. XII. Opiniones Dd. in cauſſis arduis determinandis. XIII. In his ad præiudicii qualitatem reſpiciendum. XIV. Principia in æſtimando præiudicio. XV. Arbitrium iudicis in cauſſis arduis determinandis. XVI. Harum numero ſunt criminales, XVII. matrimoniales, XVIII. famoſæ et honoris, XIX. eccleſiaſticæ, XX. feudales, XXI. cauſſæ ſtatus et fiſcales, XXII. lites de maxima bonorum parte, XXIII. cauſſæ impeditæ diſcuſſionis. XXIV. Regulæ de cauſſis arduis.

Caput II.
de
Cauſſis Ciuilibus Arduis et Maioribus.

§. I. II. Cauſſæ maiores magnos requirunt iudices. III. Differentia magiſtratuum maiorum et minorum in republ. Rom. libera, IV. et ſub Cæſaribus. V. VI. Cauſſæ maiores ad magiſtratus maiores pertinebant. VII. Applicatio huius doctrinæ ad fora Germaniæ. VIII. An cauſſæ arduæ a iudice ſuperiori auocari queant? IX. Nonnumquam cauſſis arduis ſpeciales iudices dati ſunt. X. XI. Cauſſæ arduæ publici præiudicii maiorem deſiderant probationem: XII. In cauſſis arduis priuatis locus eſt iuriſiurandi delationi, XIII. nec non ſuppletorio. XIV. Circumſpecta procedendi ratio in cauſſis arduis, XV. præſertim in criminalibus. XVI. In illis perſonæ induſtria electa intelligitur. XVII. Vnde delegatis ſubdelegandi poteſtas negatur. XVIII. Cauſſa minor non facit præiudicium maiori. XIX. XX. Iudex cauſſæ maioris minorem incidentem decidere poteſt. XXI. Ad cauſſam arduam procuratori committendam nemo cogi poteſt. XXII. Maior culpæ gradus in illis præſtandus. XXIII. An in cauſſis arduis ciuilibus torturæ locus ſit? XXIV. An ſpeciale mandatum deſiderant? XXV. In illis facilius ſubueniendum, XXVI. et facilius ab ordinaria iuris ratione recedi poteſt.

Caput III.
de
Cauſſis Maioribus Eccleſiaſticis.

§. I. Scripta eriſtica de cauſſis maioribus eccleſiaſticis. II. An pontifici iura præcipua in illis competierint? III. In conciliis prouincialibus olim deciſæ: IV. nonnumquam in vniuerſalibus. V. Occaſiones huius deciſionis a Pontifice vſurpatæ. VI. Quid ea de re in canonibus Concilii Sardicenſis cautum. VII. Fraus in his pro Nicænis venditandis. VIII. Eadem promota per Conſultationes ad Pontificem directas. IX. præſertim ſubactis epiſcopis et conciliorum prouincialium auctoritate infracta. X. Pontifici aſſerta eſt in ſpuria Iſidori collectione canonum: XI. per ICtos promota, per regulam; cauſſas maiores maximos requirere iudices. XII. Quo ſenſu cauſſæ eccleſiaſticæ arduæ dicantur? XIII. Quatenus maiorem iudicem, XIV. maioremque probationem deſiderent? XV. Iudex eccleſiaſticus de cauſſa incidente ciuili tamquam minore iudicare poteſt. XVI. Sub generali cauſſarum conceſſione non continetur cauſſa eccleſiaſtica. XVII. Quatenus iudex a iuris ratione in his recedere poſſit? XVIII. De circumſpecta in illis procedendi ratione.

Caput IV.
de
Cauſſis Arduis Feudalibus et Publicis.

§. I. Non omnes cauſſæ feudales arduæ ſunt, II. nec recte cauſſis ſtatus annumerantur. III. An in illis quis compelli poſſit ad procuratorem conſtituendum? IV. An mandatum ſpeciale deſiderent? V. VI. An mandatum cum libera ad illas extenditur an præſumtum ſufficiat? VII. An examen teſtium in illis alteri recte committatur? VIII. Admittunt ſuppletorium. IX. De vſu ſacramentalium in feudalibus. X. Cauſſæ feudales arduæ æſtimandæ ex grauiori præiudicio, XI. ex qualitate feudorum. Feuda regalia eo pertinent. XII. De iure vicariorum Imp. circa ea. An feuda comitum conferre poſſint? XIII. Thulemarii ſententia examinatur. XIV. An Vicariis cognitio de feudis maioribus competat? XV. An iudicio principum locus ſit in litibus de feudis maioribus? XVI. In cauſſis publicis grauioribus Imperator conſenſum electorum requirere obligatur. Quæ cauſſæ publicæ maiores dicendæ ſint? XVII. De relatione Imperatori in cauſſis grauioribus a iudicio aulico facienda. XVIII. In banno, erga ſtatum imperii decernendo, omnium Imperii ſtatuum conſenſu opus eſt. XIX. Quorum conſenſu opus ſit in feudis maioribus apertis conferendis?

EXERCITATIO XXXVII.
Ad Lib. V. Pand. Tit. II.
de
Querela Inofficioſi Fratrum Conſanguineorum.
Reſp. M. IOANNE PAVLO TÜRCKE *Altenburg.*
Habita anno ↀↀ CCXXI. pag. 781.

§. I. Communis DD. ſententia de querela inofficioſi, vterinis non competente. II. Origo huius querelæ; in libera teſtandi facultate olim incognitæ, III. ob huius abuſum vero introductæ. IV. V. Quo colore in ea introducenda vſi ſint ICti? VI. Laxior eius ab initio vſus, reſtrictus deinde principum reſcriptis. VII. Fratribus olim ſimpliciter competebat contra quoſcunque inſtitutos heredes. VIII. Secundum ordinem ſuccedendi ab inteſtato locus eſt huic querelæ. IX. Eſt hereditatis petitionis ſpecies. X. XI. Dubia aduerſus hanc ſententiam propoſita et confutata. XII. Explicatur L. 6. §. 1. et L. 19. D. de inoff. teſt. XIII. Conſtitutio Conſtantini vterinos ab hac querela arcet. XIV. Quid in ea mutatum a Iuſtiniano? XV. Fratribus tantum competit querela aduerſus turpes heredes inſtitutos. XVI. Quinam dicantur leuis notæ macula notati? XVII. XVIII. Examinatur ſententia illorum, qui aduerſus quoſcunque heredes ſcriptos fratribus querelam dant. XIX. Vterini in priori codice Iuſtinianeo adhuc excluſi ab hac querela. XX. XXI. Iura ſuccedendi vterinorum immutata ſunt a Iuſtiniano. XXII. Mutatus ſuccedendi ab inteſtato ordo per Nou. 118. XXIV. Hæc immutatio in mouenda querela inofficioſi teſtamenti ſeruanda. XXV. Ergo hodie germanorum fratrum præcipua præ conſanguineis iura ſunt in ea mouenda. XXVI. Conſanguineis fratribus ius querelam mouendi iure nouo non ademtum eſt. XXVII. Vterini cum illis æquali iure ad eum hodie admittendi.

EXER-

EXERCITATIO XXXVIII.

Ad Lib. VI. Pand. Tit. III.
de
Feudis Eccleſiaſticis.

Reſp. WILHELMO GODOFREDO *L. B.* de SCHELL. *S. R. I. Equite.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXVII. pag. 817.

Caput I.
de
Origine Feudorum Eccleſiaſticorum.

§. I. Vtilis de feudorum origine diſquiſitio. II. De beneficiis Romanorum, III. horumque a feudis diſcrimine. IV. Beneficia olim rationem ſtipendii habuerunt. V. Difficilis diſpectio de origine feudorum eccleſiaſticorum. VI. Prima origo ex liberiori Regum Francorum diſpoſitione de bonis eccleſiaſticis, VII, VIII, IX. fraudibus clericorum iis poſtea ademta. X. Altera ex liberiori epiſcoporum de illis diſpoſitione, XI. quæ et epiſcopis deinde interdicta eſt. XII. Tertia ex militia antiqua epiſcoporum. XIII. Quarta ex oblatione bonorum, XIV. promota admodum per epiſcoporum potentiam. XV. Hæc omnium frequentiſſima cauſſa fuit feudorum eccleſiaſticorum.

Caput II.
de
Indole Feudorum Eccleſiaſticorum.

§. I. Feudi eccleſiaſtici varius ſignificatus. Ita appellatur (1) ab eccleſia feudum accipiente; II. (2) ab obiecto, (3) a perſona concedente. III. Cragii explicatio reiicitur. Secularia bona prælaturis innexa eccleſiaſticis accenſentur. IV. Clerici ſucceſſionis in feudo incapaces, acquiſitionis feudorum vero capaces ſunt. V. In definiendis feudis eccleſiaſticis ad obiectum rei eccleſiaſticæ in primis reſpiciendum. VI. Huc ergo non pertinent feuda ex bonis territorialibus data. VII. Nec ius patronatus nec iuriſdictio eccleſiaſtica. VIII. Vnde dicantur Krumſtäbiſche Lehn? IX. An in propria vel impropria recte diſpeſcantur? X. Magis impropria et oblata eſſe præſumuntur. XI. Dubia, huic præſumtioni obmota, enucleata. XII. An ius Longobardicum ad ea applicari poſſit?

Caput III.
de
Conſtitutione Feudorum Eccleſiaſticorum.

§. I. Quæ momenta in feudo conſtituendo attendenda? II. In conſtituente deſideratur libera diſponendi poteſtas. Imperium Rom. fruſtra pro feudo habuit pontifex. Reſtricta eius poteſtas in bonis eccleſiaſticis infeudandis. III. Prælati cum capituli conſenſu conferunt feuda, non requiſito pontificis conſenſu. IV. Abſque capituli conſenſu ea conferunt, (1) vi legitimæ conſuetudinis; V. (2) ſi de feudis oblatis conſtituendis agitur; (3) vi ſtatuti; VI. (4) in caſu neceſſitatis; (5) vbi agitur de feudo redintegrando; VII. VIII. (6) Si res ſint in feudum dari ſolitæ. IX. Quales hæ dicantur? X. Libera prælatorum in his caſibus feudorum conferendorum poteſtas. XI. Quando capituli conſenſus ad feudi collationem requiratur? XII. An bona menſalia ad eccleſiam reuerſa vel decimæ rurſus in feudum dari poſſint? XIII. Capitulo ſede vacante ius reinfeudandi negatur. XIV. An mediatis prælatis hoc ius competat? XV. De conſtitutione Vrbani. VIII. in Germania non recepta. XVI. Prælatorum ius ex-

pe-

Digitized by Google

pectatiuas in feudis eccleſiaſticis conferendi. XVII. Expectatiuis anteceſſoris non obligatur ſucceſſor in prælatura. XVIII. Obligatur tamen (1) Si feudi aperti poſſeſſionem iam accepit expectatiuarius: (2) Si expectatiua conſenſu capituli data. XIX. (3) Si expectatiuarius conſentiente poſſeſſore iam in poſſeſſionem feudi immiſſus eſt; XX. XXI. quod de expectatiua per inueſtituram abuſiuam confirmata, intelligendum; XXII. quam imitatur inueſtitura ſimultanea. XXIII. (4) Si expectatiua pro tuenda dignitate prælati facta eſt.

Caput IV.

de

Reliquo iure et obligatione Eccleſiæ et Vaſalli in Feudo Eccleſiaſtico.

§. I. De prodominio in feudis eccleſiaſticis. II. Renouatio inueſtituræ a capitulo ſede vacante non petenda. Confutatur Carpzouii ſententia. III. A quo tempore currat annus petendæ inueſtituræ? An feuda eccleſiaſtica in dubio promiſcua præſumantur? V. Hæc quæſtio non ex iure Longob. decidenda. VI. Nec valet argumentum a feudis datis ad oblata. VII. Dubia excutiuntur. VIII. Exempla feudorum eccleſiaſticorum promiſcuorum vt Fuldenſium, Colonienſium, Hirsfeldenſium, Monaſterienſium, Oſnabrugenſium, Treuirenſium, Metenſium, Corbeienſium, Traiectenſium. IX. Appellatio des Mannlehns vel des rechten Lehns non excludit feminas. X. Feuda eccleſiaſtica ex regula non ſunt hereditaria. XI. Feuda Fuldenſia hereditaria ſunt. XII. An aſcendentes in illis ſuccedant? XIII. Iuriſdictio de illis eſt prælati, ſalua appellatione ad tribunalia imperii. XIV. Rigor iuris feudalis in illis temperandus. Remiſſio feloniæ penes prælatum eſt.

EXERCITATIO XXXIX.

Ad Lib. VI. Pand. Tit. III.

de

Iure Cuſtodiendi Reditus Vacantis Beneficii.

Reſp. GEORGIO DAVID TAVCHER *Berol.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXLII. pag. 922.

§. I. Vtilitas ex iurium antiquitatibus ſperanda. II. Argumenti dignitas et vſus. III. Cuſtodia beneficii vacantis quid? IV. Feuda olim morte vaſalli vacabant. V. Quibus ex cauſſis ſucceſſoria reddita ſunt? VI. Feudum apertum vſque ad nouam collationem in Domini directi cuſtodia erat, in primis pendente ſucceſſoris vaſalli minorennitate. Inde nata tutela fructuaria. VII. Quibus ex cauſſis cuſtodia feudalis ab vſu receſſerit? VIII. Eius vſus ſeruatus in tutelis illuſtrium. IX. Iura beneficiorum tranſlata ſunt ad clericos et bona eccleſiaſtica. X. Eccleſia cathedralis vacans olim ſub cuſtodia erat viſitatoris, minorum beneficiorum ſub cuſtodia epiſcopi. XI. Ius regium in imperio Francico in prælaturis conferendis: vnde natum ius cuſtodiæ et regaliarum. Eius abuſus. XII. Ius Cuſtodiæ epiſcoporum. Ius deportus. Idem vſurparunt archidiaconi. XIII. Comites, Duces, et patroni id exercuerunt. Tandem laicis ereptum eſt.

EXERCITATIO XL.

Ad Lib. VI. Pand. Tit. III.

de

Vario Cenſuum ſignificatu et Iure.

Reſp. CAROLO FRIDERICO IVMPELT, *Apollensdorf.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXXII. pag. 964.

§. I. In iuris conſtituti memoriam ſigna adhibentur. II. Eius rei exempla. III. Eodem fine cenſus impoſiti. IV. Varius eorum ſignificatus. V. Præſtantur in locatione, VI. in emphyteuſi, intuitu prædiorum ruſticorum. VII. Cenſus Romanorum. VIII. Ex diuerſo fine determinatur diuerſitas cenſuum. IX. Soluitur (1) in ſignum protectionis: vt in cœnobio Ratisbonenſi ſ. Emmerani, X. in Monaſterio Rotenſi, XI. et Cluniacenſi, nec non in Epiſcopatu Bambergenſi, XII. (2) in ſignum plenariæ exemtionis. Exemplum præpoſituræ Berchtesgadenſis, Cœnobii S. Petri in Monte Sereno et monaſterii Rothonenſis. XIII. (3) in ſignum ſubiectionis. Molimina Gregorii VII. in regnis et principatibus cenſualibus reddendis. Exemplum Galliæ, XIV. Saxoniæ, XV. Hiſpaniæ, XVI. Portugalliæ, XVII. Poloniæ, Sileſiæ, Daniæ, Hungariæ, Dalmatiæ, et Corſicæ, Siciliæ, Ruſſiæ, XVIII. Angliæ, XIX. (4) in ſignum factæ oblationis. XX. An abſque Simoniæ labe cenſus curiæ Romanæ ſolutus ſit? XXI. Aduocatis ſoluti cenſus ratione defenſionis vel iuriſdictionis. XXII. Ex ſola cenſus ſolutione non probatur ius aduocatiæ. Extincto monaſterio extinguitur cenſus, protectionis cauſſa conſtitutus. XXIII. Cenſus ſæpiſſime ab epiſcopis in varium finem exacti, XXIV. vel etiam a principibus intuitu variarum conceſſionum. XXV. Nobiles a ruſticis pro determinato quodam iure cenſus exigunt: quorſum pertinet cenſus protectionis, agricolationis. XXVI. Patroni eccleſiis, a ſe fundatis, cenſus impoſuerunt, XXVII. vel prælati in memoriam vnionis beneficiorum. XXVIII. Cenſus precariarum. XXIX. Cenſus in memoriam priſtini dominii reſeruatus. XXX. Index variorum finium, quorum intuitu cenſus conſtituti. XXXI. In qua re cenſus præſtetur? Cenſus in frumento, in menſura, XXXII. in moneta. XXXIII. In qua moneta præſtandus, ſi valor eius dubius? XXXIV. XXXV. Dubia excutiuntur. Explicatur c. 20. et 26. X. de cenſib. XXXVI. Quid ſi quantitas indefinite promiſſa ſit, non definito monetæ genere?

EXERCITATIO XLI.

Ad Lib. XI. Pand. Tit. VII et VIII.

de

Iure Erigendi Cœmeterium.

Reſp. et Auctore viro Celeberrimo IOANNE GEORGIO PERTSCHIO *Wonſidelia-Variſco.*

Habita anno CIↃ IↃ CCXVI. pag. 1003.

Caput I.
de
Origine Cœmeteriorum.

§. I. Neceſſitas ſepulturæ ex rectæ rationis principiis. II. Modus ſepeliendi arbitrarius. Mores variarum gentium. III. Mores Romanorum. IV. Lex de humandis defunctis mere poſitiua. V. Crematio veteribus Chriſtianis improbata: VI. In quibus locis illorum ſepultura facta? VII. Loca ſepulturæ extra ciuitatem ex gentium moribus, VIII. ex reſcriptis Hadriani et Antonini. IX. Sepulcra Romanorum in fundis priuatis. X. Sepulcra publica. XI. Cadaueribus religio adſcripta. XII. Veſtigia eius in iure Romano. XIII. Sepulcra in ciuitate nonnullis ex iure ſpeciali indulta. XIV. Chriſtianis non per-

permiſſa. XV. Sepulcra eorum in cryptis. XVI. Studium Chriſtianorum in conſequendis Martyrum corporibus. XVII. Inde mos deinceps inualuit corpora in orbes transferre. XVIII. Sepulcra intra ciuitatem imperatoribus Chriſtianis et epiſcopis permiſſa. XIX. Sepulcra circa templa a Theodoſio M. interdicta; XX. paullo poſt tamen rurſus in vſum reducta. XXI. Loca publica ſepulturæ deſtinata, eo tempore defuerunt. XXII. Sæculo VI. maior libertas intra templi muros ſepeliendi. XXIII. Vſus ſepulcrorum in porticu. XXIV. inualeſcens ſub Carolo M. XXV. XXVI. Reſtrictus ſepulturæ vſus in eccleſiis ſæc: IX. et X. XXVII. XXVIII. Cœmeteria parochialia quando introducta? XXIX. Extra ciuitatem quomodo erecta ſint?

Caput II.
de
Iure Erigendi Cœmeterium.

§. I. Religio Chriſtianorum ſepulcris ex benedictione epiſcopali adſcripta. II. III. An ritus benedicendi adeo antiquus ſit, vt perhibetur? IV. Cœmeterii exſtructio iure Canon. epiſcopis adſcribitur. V. In ſenſu iuris Can. apud nos non ſunt res religioſæ. VI. ſunt res Vniuerſitatis. VII. Vnde doctrinæ de eorum pollutione et reconciliatione ceſſant. VIII. Erectio cœmeterii inter noſtrates non recte iuris epiſcopalis eſſe dicitur. IX. In Saxonia vindicata eſt conſiſtorio. X. Ex iure territoriali principi competit. XI. Quatenus in genere competat magiſtratui Politico? XII. vel eccleſiæ adminiſtratoribus? XIII. XIV. vel magiſtratui oppidano? XV. Cur conſiſtoriis non indiſtincte vindicanda? XVI. Quatenus patrono competat? XVII. Erectio eius ita facienda, ne aliorum iura lædantur. XVIII. Quando lis de eius erectione ad conſiſtorii cognitionem ſpectet? XIX. An nobilibus liceat priuata erigere dormitoria? XX. Quid liceat Proteſtantibus ſubditis ſub Catholico principe? XXI. Quid Catholicis ſub principe proteſtantium? XXII. An confirmatio principis in erectis cœmeteriis neceſſaria ſit? XXIII. An hæc ius aſyli tribuat? XXIV. Iura bonorum eccleſiaſticorum tribuit. XXV. De loco ad cœmeteria eligendo. XXVI. Templa ad ſepulturam non vſurpanda. XXVII. Subditi cogi poſſunt ad vendendos fundos in vſum cœmeterii XXVIII. Vnde ſumtus eo nomine quærendi? XXIX. Cui iuriſdictio in cœmeterio competat?

EXERCITATIO XLII.
Ad Lib. XI. Pand. Tit. VII.
de
Iure Denegandi Communionem Cœmeteriorum.
Reſp. IOANNE ADAMO GREGOROVIO *Iohannisburgo-Boruſſo.*
Habita anno CIↃ IↃ CCXVII. pag. 1042.

§. I. An denegatio honeſtæ ſepulturæ iniuria ſit vel pœna? II. Ab ea differt totalis priuatio ſepulturæ. III. Inſtituti ratio. IV. Communis veterum Chriſtianorum per euchariſtiam et oblationes. V. et VI. Inter mortuos Chriſtianos quodammodo conſeruata. VII. Opinio, oblationes defunctis prodeſſe. VIII. Priuatio communionis precum inſtar pœnæ habita. IX. Perfectæ communionis ratio in euchariſtia et oblationibus poſita. X. Studium pœnitentium ad hanc communionem anhelantium. XI. Ratio principii iuris Canon. quibus non communicamus viuis, iiſdem nec mortuis communicamus. XII. Communio cum defunctis diiudicari cœpit ex loci ſepulturæ et ex oblationibus. XIII. Pœniten-

tibus inde negata ſepultura. XIV. Recenſio principiorum iuris Canonici in hac doctrina. XV. XVI. XVII. De vſu huius doctrinæ inter Proteſtantes. XVIII. Cognitio de priuatione ſepulturæ totali ad magiſtratum ſecularem pertinet. XIX. XX. Ad quodnam forum pertineat cognitio de denegatione cœmeterii? XXI. Puniti non indiſtincte cœmeterio excluduntur. XXII. Excluduntur vero pagani, XXIII. XXIV. hæretici. Sententia Proteſtantium.. XXV. Religioni in Imperio Rom. Germ. approbatæ addicti iure hæreticorum non cenſentur. XXVI. Anni decretorii hoc caſu nulla habetur ratio. XXVII. Excluduntur infantes non baptizati. Sententia Proteſtantium. XXVIII. In Cœmeterio inter Catholicos et Proteſtantes communi infantes Proteſtantium a cœmeterio excludi nequeunt. XXIX. Excluduntur excommunicati. Sententia Proteſtantium. XXX. In torneamentis vel duellis pereuntes, XXXI. Autochiri, XXXII. in reatu grauiſſimo mortui, XXXIII. Peccatores publici et ſcelerati, euchariſtiæ contemtores, vſurarii manifeſti, blaſphemi, decimas non reddentes, clerici concubinarii, interdicti.

EXERCITATIO XLIII.

Ad Lib. XI. Pand. Tit. VII.

de

Eo quod iuſtum eſt circa Luctum Publicum etc. pag. 1085.

§. I. Occaſio argumenti. II. Inſtituti ratio. III. Luctus et Leſſus quid? IV. An lugere permiſſum? V. Antiquitas legum circa luctum. VI. Indicia externa luctus. VII. Varia lugendi genera: Leſſus, VIII. Cantus lugubres, Præficæ, Pſaltriæ, IX. Laceratio genarum, X. legibus diuinis prohibita. XI. Raſura crinium. XII. Luctus in alendis crinibus vel in ſordida veſte. XIII. Cinerum ſparſio in caput. Sciſſura veſtium. XIV. Abſtinentia ab omni hilaritate, XV. veſtitus lugubris. Atra veſtis. Ricinia. XVI. Tempus luctus. XVII. Luctus publicus vel ſumtus vel indictus. XVIII. Luctus publici ſigna. Mutatio veſtis. XIX. Communia luctus ſigna. Luctus in morte Germanici. XX. Iuſtitium tempore luctus, XXI. præſertim apud Romanos. XXII. Ratio luctus publici apud Germanos. XXIII. Iuſtitia luctus publici. XXIV. A ſummo imperante indicitur. XXV. Modus eundem indicendi. Edictum in morte Friderici Wilhelmi ao. 1688. promulgatum. XXVI. Edictum in morte Sophiæ Charlottæ, Reginæ Boruſſiæ, de a. 1705. XXVII. Quis in lite de principatu indicat luctum publicum? Sequeſter eundem indicere poteſt. XXVIII. Tutor principis luctum publicum recte indicit. XXIX. An Imperator per vniuerſum Imperium poſſit luctum publicum in morte Imperatoris decernere? XXX. Patronus poteſt in eccleſia patronata luctum indicere. XXXI. An domino iuriſdictionali idem ius competat? XXXII. Tempore luctus publici choreæ et Muſica inſtrumentalis ceſſant. XXXIII. An luctus publicus ſeſe exſerat in templis? XXXIV. Signa luctus publici externa pendent a determinatione principis. XXXV. Concluſio.

EXERCITATIO XXIII.

AD LIBR. II. PAND. TIT. I.

DE

POENA IVS SIBI DICENTIS SINE IVDICE.

CAP. I.

DE POENA IVS SIBI DICENTIS CIVILI.

ARGVMENTVM.

§. I. Diuerſitas iurium ex diuerſo ſtatu naturali et ciuili. II. In ſtatu naturali quilibet ſibi ius dicit, vel id bello perſequitur. Notantur pontificum molimina circa ius belli. III. In ſtatu ciuili ſolus imperans iudex. Duella et vindicta priuata prohibita. IV. Juris Romani de eo ſententia. V. Pœna priuationis in eum, qui ſibimet ipſi ius dixit. VI. Leges iuris Romani de hac pœna. VII. Senſus harum legum. VIII. Huius pœnæ fundamentum eſt vis (1) *vera, non imaginaria, vt olim in Vindiciis: IX.* (2) *dolo, X. et* (3) *ſine iudice illata. Tempore iuſtitii ceſſat hac pœna. XI.*

Et vbi in læſione imminente iudicis copia deeſt. XII. Quot modis ius dicatur ſine iudice? XIII. Quando id fiat ope iudicis, de facto procedentis. De diuerſa mandatorum S. C. ratione. XIV. De iudice ſibimet ipſi ius dicente; et quando id licite fiat. XV. De inuaſore rei alienæ, ius ſibi dicente. XVI. Ex legis conceſſione vis priuata iure infertur. XVII. An iure adhibeatur aduerſus conductorem, penſionem non ſoluentem? XVIII. Quatenus exerceri poſſit ex teſtatoris conceſſione, XIX. vel ex conuentione debitoris? XX. Pœna ius ſibi dicentis eſt priuatio iuris. XXI. Quando ceſſet?

§. I.

Ex diuerſo ſtatu naturali et ciuili diuerſa fluunt iura.

Inſignis differentia inter *ſtatum naturalem* et *ciuilem* ſatis decantata, nota atque ita comparata eſt, vt ad fundamenta iuris prima referri, &, quicquid in *vita humana* iuſtum eſt, diſtincte inde deduci debeat. Sicuti enim vtriuſque ſtatus rationes diuerſæ ſunt, ita quoque iurium diſcrepantiam producit, quippe quæ *ſtatui* accommodari atque attemperari debent. Quod in *eo* iuſtum licitumque; in *hoc* ſæpe prohibitum, turpe, atque probroſum reputatur; et quod huic conuenit, illius inſtitutis aduerſatur, cum ille ſit *æqualis*, hic *inæqualis*. Vnde non mirandum, iuris gentium ſcita, quæ maxime in *ſtatu naturali*, in quo gentes adhuc degunt, vigent, vſumque præbent, ab eo iure, quod in ciuitatibus obtinet, recedere, et diuerſas producere concluſiones, quæ in ſingulis cauſſis ſedulo vt plurimum diſcernit, quandoque tamen confundit

GRO-

GROTIVS; ſiquidem verum eſt, bonum dormitare aliquando Homerum.

§. II. Principalis et palmaria differentia vtriuſque ſtatus deprehenditur in controuerſiarum occurrentium, quibus humanum genus inuoluitur, iudice legitimo. In ſtatu *naturali* quilibet ſibimet ipſi ius dicit, et in cauſſa propria *iudex* eſt *legitimus*, ideo quod ſtatus hic *æqualis* ſit, ſuperior, qui de controuerſiis incidentibus cognoſcere et ſententiam ferre poſſit, deſit, et ita quilibet iuris, quod ſibi competere putat, exſecutor eſſe debeat legitimus. Quamuis enim pium honeſtumque ſit, vt, quoniam quilibet in cauſſa ſua nimium affectibus indulget, et ita ſæpe a *iuſti* rationibus deflectit, controuerſiæ emergentes per compromiſſum aliorum arbitrio ſubmittantur; id tamen ex litigantium beneplacito dependet, ad quod nec cogi poſſunt, nec ſemper cuiuis inter gentes integrum eſt, tale arbitrium *ſuo iure* poſtulare, quia hoc modo ſe aliis ſuperiorem conſtitueret, qui inter gentes non datur. Vnde recte GROTIVS *de iure belli et pac. lib. II. c. 1. §. 2. n. 1. vbi iudicia deficiunt, incipit bellum,* quia neuter litigantium ius ſuum, quod habere putat, ſine vi et viribus exſequi potuit, quibus tamen aduerſarius reſiſtit, qui pari modo iudex in ſua cauſſa eſt, et ſic ſe *iure legitimo* reſiſtere contendit. Inde vero naſcitur *bellum,* quod auctore CICERONE *lib. I. offic. c. 34.* eſt *quælibet per vim decertatio* inter æquales ſcilicet, *et ſic publica.* Quibus ita poſitis, palam eſt, Pontificem ſe non potuiſſe conſtituere iudicem arbitrumue in cauſſis gentium litigioſis, quamuis id ipſum ſæpe illum affectaſſe, & ſuo quaſi iure ſub prætextu *peccati præcauendi* ſibi aſſeruiſſe, hiſtoria memoret. Veſtigia huius papalis iudicii occurrunt, *in c. nouit. 13. X. de iudiciis* vbi INNOCENTIVS

In ſtatu naturali quilibet eſt ſibi iudex.

Inde bellum.

Pontificis vero nullum arbitrium,

quod per indirectum affectauit,

TIVS III. ſubdole ita rationes ſubduxit: *Non intendimus iudicare de feudo, cuius ad ipſum ſpectat iudicium, ſed decernere de peccato, cuius ad nos pertinet ſine dubitatione cenſura, quam in quemlibet exercere poſſumus et debemus.* Quis vero eſt, qui non animaduertat, ſub colore *iudicii de peccato* Pontificem ad ſuum tribunal omnes gentium controuerſias trahere potuiſſe, quia is demum in alterum peccat, qui alteri iniuriam infert, et ius denegat. Dum ergo de *peccato* decernere intendit Pontifex, neceſſario quoque de iure, quod controuerſum eſt inter litigantes, iudicat, et conſtituit, quis in alterum peccauerit ſeu alteri iniuriam intulerit. Inde fluxit decantata illa decertatio inter Pontificios, an et quatenus Pontifici quoad *temporalia*, vt loquuntur, in Reges ſummos ſupremum competat imperium, peculiari tractatu a BARCLAIO, MOLINAEO aliisque examinata et negata contra BELLARMINVM, BOZIVM, aliosque, quorum nænias enarrare nolo, quas in compendio ſiſtit VASQVIVS *lib. I. controu. ill. cap. 21.* Id tantum vel paucis moneo, admodum inimicam eſſe ſummorum Principum iuribus philoſophiam curiæ Romanæ, eamque ipſi iuri gentium perpetuum nefandumque indicere bellum, quamdiu his principiis paſcitur, a quibus ſe nullo modo deflecti patitur.

et in temporalia iudicium ſibi aſſeruit.

In ſtatu ciuili ſummus imperans iudicat,

§. III. Diuerſa prorſus eſt conditio *ſtatus ciuilis*, quem produxit ſocietas inter imperantem et ſubditos, in qua illius eſt *imperare*, horum *parere*. Ex illius *imperio*, quod *ſummum* eſt, deriuanda ſunt *iudicia*, eoque ſenſu verum eſt, quod GROTIVS *lib. I. de I. B. et P. c. 3. §. 1. n. 2.* contendit, iudicia a *facto hominum* eſſe, quod per *factum humanum* etiam ſocietates ciuiles coiuerint, quibus conſtitutis, *iudicia* erigi debuerunt. *Cum enim multo honeſtius et ad quietem hominum conducibilius fuerit,*

ab

Digitized by Google

ab eo, cuius nihil interſit, rem cognoſci, quam ſingulos homines, nimium ſæpe amantes ſui, quod ius putant, id manu exſequi, tam laudabili inſtituto obſequendum ipſa dictat æquitas et ratio naturalis, vt recte ait GROTIVS *cit. loc.* Vnice et primario tranquillitatis communis pacisque cauſſa conditæ ſunt ciuitates, erectaque imperia, qui finis aliter obtineri nequit, quam præſidio legum iudiciorumque. Si manet iudicium ſingulorum de propriis actionibus, ſupereſt quoque mutua reſiſtendi facultas, quæ neceſſario ἀναρχίαν et rerum publicarum exitium inducit. Denique deperditæ et ægrotantis reipublicæ euidentiſſimum indicium eſt, ſi ſingulis vindicta ſui ipſius conceditur, qua omnis *pax ciuilis* euertitur. Huc populi referendi ſunt, in quibus olim *duella* et *monomachiæ* adeo permiſſa, vt ex iure legitimo fieri crederentur, quæ tamen fini rerum publicarum e diametro repugnant. Cui ignota ſunt infeliciſſima illa noſtræ Germaniæ fata et tempora, quibus conculcata omnis legum reuerentia, *ius manuarium* vnice vigebat, & quilibet ſibimet ipſi ius dicebat, prout antiquos Germanorum mores depingit POMPONIVS MELA *lib. III. d. ſit. Orb. c. 3. Ius in viribus habent, adeo vt ne latrocinii quidem pudeat.* His moribus vixere Germani, pace imperii publica in exilium acta, donec tandem tot legibus et conſtitutionibus reducta fuerit.

non quilibet in ſua cauſſa,

adeoque duella illicita.

§. IV. Vti vero gentes moratiores ab hoc barbaro more abhorruere, atque eos grauiter coërcuerunt, qui *abſque iudice* ſibimet ius dixerunt; ita Romani inprimis in legibus ſuis hanc agnouere a *ſtatu naturali* diſcrepantiam, atque rectiſſime conſtituere, interprete PAVLO *in l. 176. D. de R. I. non eſſe ſingulis concedendum, quod per magiſtratum publice poſſit fieri, ne occaſio ſit maioris tumultus faciendi.* Quomodo enim hic præcaueri,

His principiis ſeſe accommodarant Romani,

vt ex LL. illuſtratur.

ueri, et publica tranquillitas conſeruari poteſt, ſi mutuum vim inferendi et reſiſtendi ſtudium perdurat in ciuitatibus, *cum tamen iccirco iudiciorum vigor, iurisque publice tutela videatur in medio conſtituta, ne quiſquam ſibi ipſi permittere valeat vltionem,* vt HONORIVS & THEODOSIVS *in l. 14. C. de iudæis* ſapienter iudicant. Eadem mens, eademque ſententia fuit IVLIANI ICti in *l. 13. §. 3. D. de vſufr.* aientis: *cur ad arma et rixam procedere patiatur, quos poteſt ſua iuriſdictione componere* Prætor? Hac de cauſſa quoque D. MARCVS VIM eſſe dixit, *quoties quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit,* quæ tamen ab omni *ſtatu ciuili* aliena eſſe debet. In compendio ſententiæ huius veritas his adumbratur verbis apud CASSIODORVM *lib. IV. ep. 4. Hinc eſt, quod legum reperta eſt ſacra reuerentia, vt nihil manu, nihil proprio ageretur impulſu. Quid enim a bellica confuſione pax tranquilla diſtat, ſi per vim litigia terminantur?* Huic calculum ſuum addit CICERO *lib. III. de LL.* &, *nihil eſt,* ait, *exitioſius ciuitati, nihil tam contrarium iuri et legibus, nihil minus ciuile et humanum, quam compoſita et conſtituta republica quicquam agi per vim.* Hæc omnia vti cum recta ratione conſpirant, ita ex vero quoque aſſeruit VASQVIVS *lib. I. controv. illuſtr. c. 12. n. 3. vt nemo in cauſſa ſua iudicet, vel ius ſibi dicat, eſt regula iuris non ſolum ciuilis, ſed etiam naturalis.*

Caſſiodoro, Cicerone, et Vasquio.

Pœnamque priuationis leges dictarunt qui ſibi ius dicit,

§. V. Hæ æquiſſimæ rationes effecerunt, vt quod in ſtatu naturali alias *licitum* reputatur, in republica Romana *delictis* annumeratum fuerit, debitis pœnis coërcendum. Cenſetur enim *vim priuatam* facere is, qui ſibi *ſine iudice* ius dicit. *Nihil autem iuri tam inimicum quam vis, nec æquitati tam infeſtum eſt, quam conuocati homines et armati,* ex iudicio CICERONIS *orat. pro Cæcin.* Hac de cauſſa præter pœnas *criminales,* quæ pro cir-

circumſtantiarum grauitate locum habere poſſunt, conſtituta eſt pœna *priuationis iuris* in eum, qui ſibi *ſine iudice* ius dixit. Et cum de hac pœna duntaxat agendi animus ſit, ante omnia referam textus primarios iuris Romani, qui huc faciunt. Primus eſt in *l. 13. D. quod metus cauſſa. Extat decretum Diui* MARCI *in hæc verba: Optimum eſt, vt ſi quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Cum Marcianus diceret, *vim nullam feci;* Cæſar dixit: *tu vim putas eſſe ſolum, ſi homines vulnerentur, vis eſt et tunc, quotiens quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit. Quiſquis igitur probatus mihi fuerit, rem vllam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipſo ſibi ſponte datam, ſine vllo iudice temere poſſidere, vel accepiſſe, isque ſibi ius in eam rem dixiſſe, ius crediti non habebit.* Plenius ſententia huius legis refertur *in l. pen. ad L. Iul. de vi privata. Creditores, ſi aduerſus debitores ſuos agant, per iudicem id, quod deberi ſibi putant, repoſcere debent. Alioquin ſi in rem ſui debitoris intrauerint, id nullo concedente, Diuus* MARCVS *decreuit, ius crediti eos non habere. Verba decreti hæc ſunt: Optimum eſt, vt ſi quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris, ille interim in poſſeſſione debet morari, tu petitor es;* et cum Marcianus diceret, *vim nullam feci;* Cæſar dixit: *Tu vim putas eſſe ſolum, ſi homines vulnerentur, vis eſt, et tunc, quotiens quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit; non puto autem nec verecundiæ nec dignitati tuæ conuenire, quicquam non iure facere. Quiſquis igitur probatus mihi fuerit rem vllam debitoris, non ab ipſo ſibi traditam, ſine vllo iudice temere poſſidere, eumque ſibi ius in eam rem dixiſſe, ius crediti non habebit.* Vterque locus eſt CALLISTRATI, deſumtus ex *lib. 5. de cognitionibus,* prior tamen mancus, & a TRIBONIANO paullulum immutatus, ex poſterio-

quod illuſtratur ex l. 13. quod met. cauſ.

l. pen. ad L. Iul. de vi priuata.

riori reſtituendus. Alter textus eſt Conſtitutio VALENTINIANI, quæ in ſua integritate refertur in *l. 3. C. Theod. Vnde vi: pleroſque detectum eſt, in rem priuatam noſtram,* (principis) *quam publicatio celebrata quæſiuerat,* (ex proſcriptorum poſt MAXIMI tyrannidem bonis) *inuaſiſſe,* (ex hoc prætextu, quod bona ſua publicatis eſſent immixta) *quam nos a retentatoribus ereptam ſociari iubemus ærario; punientes contumacius, quam decus publicum ſinebat erectos, vt qui litem inferre potuiſſent, nollent exſpectare iudicium, ac ſpernerent victoriam, quam iuſtitiæ præſcripſiſſet euentus, ac amplecterentur, quod dediſſet audacia. Cadat igitur lite, quiſquis operiri noluerit litis euentum, et quod recipere lege potuiſſet, contemtor examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem prouexit audacia, vt quod iurgaturi apud examinis fidem ſperare non poſſent, ante euentum iudicialis arbitrii illicita præſumtione temerarent, æſtimationem rei, de qua litigari conuenerat, cogantur exſoluere:* (*quod quidem etiam in priuatis obſeruandum negotiis generali lege ſancimus.*) *Illud autem ab officio Magnificentiæ Tuæ cauendum eſſe decernimus, vt ſacratiſſima domus noſtra litem exſpectare, non inferre cogatur, neque expetat, ſed patiatur examen.* Inde deſumta eſt *l. 7. C. vnde vi* admodum a TRIBONIANO interpolata: *Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam, vt poſſeſſionem rerum apud fiſcum vel apud homines quoslibet conſtitutarum ante aduentum iudicialis arbitrii violenter inuaſerit, dominus quidem conſtitutus poſſeſſionem, cum abſtulit, reſtituat poſſeſſori, et dominium eiuſdem rei amittat. Si vero alienarum rerum poſſeſſionem inuaſit, non ſolum eam poſſidentibus reddat, verum etiam æſtimationem earundem rerum reſtituere compellatur.* Ex his legibus deſumtus eſt tertius textus in §. *1. I. de vi bon. rapt. Ne inueniatur via,*

l. 3. C. Theod. vnde vi.

l. 7. C. vnde vi

§. 1. Inſt. de vi bon. rapt.

via, per quam raptores impune ſuam exerceant auaritiam; melius diualibus conſtitutionibus pro hac parte proſpectum eſt, vt nemini liceat, vi rapere rem mobilem, vel ſe mouentem, licet ſuam eandem rem exiſtimet: Sed ſi quis contra ſtatuta Principum fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere; ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem eius, etiam æſtimationem eiuſdem rei præſtare. Cum priores duo textus, ex vtroque codice deſumti, tantum *immobilium*, quæ *inuadi* dicuntur, fecerint mentionem, ad quas etiam reſtringitur interdictum *vnde vi,* inde noua extenſio in hoc textu deprehenditur, vt etiam ad *res mobiles,* ſine iudice raptas, *pœna priuationis*, vel *æquipollens* applicari debeat. Inde noua concluſio deſumta eſt *ex L. 10. C. vnde vi*, quæ quartum in hanc rem textum conſtituit. *Non abs re eſt, quemadmodum poſſeſſionis alienæ inuaſores, tam vetus, quam præſens ſacra conſtitutio cenſuit eſſe puniendos: ita nec conductoribus et poſſeſſionis alienæ detentoribus impune procedere, ſi locatoribus forte vel poſſeſſionem rerum ſuarum, quam apud alios precario modo eſſe concesſerant, recuperare ſecundum leges volentibus, cum nulla ſibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint reſiſtendum; & non protinus i. e. non exſpectato iudiciorum ordine, alienam poſſeſſionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque iubemus pro tanta ſuæ iniquitatis impudentia ſi cognitionis iudiciariæ euentu fuerint condemnati: rei, cuius poſſeſſionem ſponte reſtituere vſque ad definitiuam ſententiam minime paſſi ſunt, æſtimationem victrici parti vna cum ipſa re præbere compelli.* **l. 10. C. vnde vi,** Quintus textus in *l. 4. C. finium reg. et L. 2. C. Theod. eod. Si conſtiterit, eum, qui finalem detulerit quæſtionem, prius quam aliquid ſententia determinetur, rem ſibi alienam vſurpare voluiſſe: non ſolum id, quod male petebat, amittat: ſed (quo magis vnuſquiſque contentus ſuo, rem non expetat iuris alieni) qui irreptor agrorum fuerit in lite ſuperatus, tan-* *l. 4. C. fin. reg. et l. 2. C. Theod. eod.*

Digitized by Google

tum agri modum, quantum adimere tentauit, amittat. In hac ſpecie proprie dictum *attentatum* committitur, dum nihil pendente lite innouandum, ſed *innouatum* ſtatim reuocandum ſit per mandata S. C. vt tamen præterea pœna *priuationis* locum habeat, de qua, aliisque in hac cauſſa conſtitutis, plenius agit LANCELLOTTVS *de attentat. P. II. c. 31. n. 228. ſqq.* Sextus textus

Nou. 60. c. I. occurrit in *Nou. 60. c. I. Sancimus igitur, ſi quis illo ſuperſtite adhuc, quem putat debere ſibi, aſcendat domum eius, et moleſtus ſit ſuperſtiti homini, aut qui eius ſunt, vxori forte vel filiis, aut domui omnino, aut etiam ſignacula per propriam poteſtatem imponere præſumat, non prius decreto et officio legali ſeruato: poſt eius, qui dicitur debere, mortem, actione quidem modis omnibus cadat, ſiue iuſtam habeat hanc, ſiue non: quantum vero deberi ſibi dicit, tantum aliud deſuper exigatur, et detur iniuriati heredibus. Confiſcationem quoque in tertiam partem ſubſtantiæ ſuſtineat (ſicut Marcus philoſophus imperator in ſuis conſcripſit legibus) et infamia feriatur. Qui enim hominis naturam non erubuit, dignus eſt et pecuniis et gloria et aliis omnibus condemnari.* In compendio tenor huius textus refertur in *Auth. item qui domum. C. de ſepulcr. viol.* Denique ſeptimus textus eſt in *Nou.*

Nou. 52. c. I. *52. c. 1.* qua *pignorationes* prohibentur, ſimulque eadem *pœna priuationis* cum ſimili repetitur. *Propterea ſancimus, nullam omnino pignorationem in noſtra republica præualere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi præſumtum inuenimus) neque in agris, neque in ciuitatibus, neque in vicis, neque in ciuibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alio omnino quocunque modo vel tempore: ſed præſumentem alium pro alio ſecundum pignorationis formam, aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam paſſo: et cadere etiam ab actione, quam habuit aduerſus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem eſſe debitorem,*

alium

Digitized by Google

alium vero exigi: ſed nec alteri moleſtum eſſe pro altero quodam, tanquam inuaſionem aut iniuriam committentem: et alium quaſi vicaneum exiſtentem cædi, aut iniuriam ſuſtinere, et aliquid pati, quod omnino non competit, pro alio: et abſque legitima occaſione quamlibet perferre calumniam: et ſupplicium ſuſtinere in corpore: præſidentibus gentium ſcientibus, quia ſi non hæc egerint, ſed in prouinciis, quibus præſunt, pignorationes præſumi patiantur: nihil erit tale, quod a noſtris eos eripiat manibus.

§. VI. Hos textus plenius illuſtrat MENOCHIVS *de remed. recuper. poſſeſſ.* et ex nonnullis peculiaria remedia *recuperandæ poſſeſſionis* deducit. Primum enim textum explicat in *quinto*, ſecundum in *nono*, quartum in *vndecimo* remedio. Interim, quod obiter moneo, ius ciuile tantum *vnum recuperandæ remedium* agnoſcit, pedetentim extenſum, et variis cauſſis emergentibus applicatum, quanquam in primo textu de remedio *recuperandæ poſſeſſionis* ne quidem agatur. Vtut ſit, non de *ſpolio* et *remedio poſſeſſorio* primario ero ſollicitus, ſed de primaria pœna eius, qui ſibi ius dixit. Etenim omnes textus in eo conueniunt, ius ſibi dicentem ſine iudice iure ſuo vel in rem vel in perſonam priuari, adeo vt, ſi rem alienam vt *ſuam* per errorem occupauit, non tantum eam reddere, ſed æſtimationem eius præſtare teneatur. ***De remedio iuris et de pœna ob vim priuatam.***

§. VII. Fundamentum huius pœnæ in *vi* conſtituitur, quam is perpetrat, ex ſententia D. MARCI, *qui ſine iudice in rem ſuam ſibi ius dixit*, ideoque ante omnia qualitates huius *vis* præmittendæ ſunt. Videlicet (I) vis hæc debet eſſe *vera* non *imaginaria*, h. e. vt proprio auſu quis ſui iuris cauſſa rem ſui debitoris vel aduerſarii *inuiti* occupet citra iudicis auxilium. *Vis quædam ſimulata et imaginaria*, quam GELLIVS *lib. XX.* ***Fundamentum huius pœnæ eſt vis vera.*** *de non ſimulata;*

N. A. c. 10. vocat *ciuilem et feſtucariam,* olim in *vindiciis* occurrebat, quæ propter poſſeſſionem ante omnia explicandam petebantur, vindiciæque ſecundum eum, qui poſſidebat, dabantur, ſi quis in poſſeſſione defendebatur. Vim vtramque tum *veram,* tum *ſimulatam,* indigitat ENNIVS.

Non ex iure manu conſertum ſed mage ferro
Rem repetunt, regnumque petunt, vadunt ſolida vi.

Simulata licita erat, et praxi Romanæ forenſi conformis, quia litigantes de poſſeſſione fundi prætorem adibant, vt eum deducerent in fundum, de quo litigabatur, quo iudicaret, vtrius eſſet poſſeſſio. *Lis vindiciarum* eſt, ait ASCONIVS, *cum litigatur ea de re apud Prætorem, cuius incertum eſt, quis debeat eſſe poſſeſſor.* Seriem huius vis fictæ et imaginariæ exponit GELLIVS *cit. l.* hoc modo: *manum conſerere eſt, de qua re diſceptatur, in re præſenti ſiue ager ſit, ſiue quid aliud, cum ſimul aduerſarium manu prenderet, in ea re ſolemnibus verbis vindicare. Vindicia i. e. correptio manus in re atque in loco præſenti apud Prætorem ex XII. tabulis fiebat, in quibus ita ſcriptum:* SI QVI IN IVRE MANVM CONSERVNT. Nonnulli *vindiciam* etiam fuiſſe dictam *virgulam* et *feſtucam* autumant, quam litigantes in illa *manuum conſertione* et quaſi lucta defringebant, adeoque eam *vim feſtucariam* vocat GELLIVS. Commiſſis enim inter ſe gladiorum loco feſtucis decertabant, ſibique *vim* inferebant, vt lis *belli* ſpeciem præ ſe ferret, quo rudioribus ſæculis lites dirimebantur, obſeruante GRAVINA *lib. II. orig. iur. ciu. §. 71.* vnde et *vindiciæ* a *vindicando* dictæ ſunt, quod a *vim* et *dico* compoſitum videtur, obſeruante WILHELMO *van der* MVHLEN *ad tit. d. O. I. p. 544.* RITTERSHVS. ad LL. XII. *tabb. p. 3. c. 8.* Manuum illa conſertio in primis fiebat per *manus iniectio-*

ctionem in rem adhibito carmine ſolemni, illuſtrante BRISSON. *de formulis p. 374.* quæ tamen rurſus *imaginaria* et *ſimulata* erat; alias enim *manus iniectio* dicitur, *quoties nulla iudicis auctoritate exſpectata rem nobis debitam vindicamus*, auctore SERVIO *ad Virgil. lib. X. Aeneid.* Pergit vero GELLIVS, et nouam huius *vis imaginariæ* rationem exponit: *Sed poſtquam prætores propagatis Italiæ finibus, datis iuriſdictionibus, negotiis occupati proficiſci vindiciarum dicendarum cauſſa in longinquas res grauabantur, inſtitutum eſt, contra duodecim tabulas tacito conſenſu, vt litigantes non in iure apud prætorem manum consererent, ſed ex iure manum conſertum vocarent i. e. alter alterum ex iure ad conſerendum manum in rem, de qua ageretur, vocaret, atque profecti ſimul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, vti vnam glebam, in ius in vrbem ad prætorem deferrent, et in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent;* quæ gleba etiam *vindicia* dicta fuit auctore FESTO. Formulas in hac re vſitatas enarrat CICERO *pro Muræna.* Vindiciis ſecundum poſſeſſorem datis, de *dominio* contendebatur, conſueto carmine: *Fundus, qui eſt in agro, qui Sabinus vocatur, meus eſt, eum ego ex iure Quiritium meum eſſe aio.* Hoc modo actor vindicabat agrum: reus contra vindicabat: *immo meus,* quo ipſo reuera iuſti dominii exceptionem opponebat, quam ſi probauerat, non tantum abſoluebatur ab inſtituta actione, ſed etiam exceptione *rei iudicatæ* tutus erat contra quoſcunque, quia de *iure poſſeſſoris* pronunciatum erat. *l. 15. D. d. except. rei iudic.* Dn. BERGER *de contra vindicatione* §. *38. ſeqq.* Equidem SIGONIVS *cit. l.* nouam ſpeciem *vis ſimulatæ* facit, quæ *moribus* facta dicebatur, cuius mentionem iniicit CICERO *orat. pro Cæcina* his verbis: *cum hoc novæ litis genus tam malitioſe intenderet, placuit Cæcinæ, de amicorum ſententia conſtituere, quo die in rem præ-* *vt olim in vindiciis.*

 ſen-

ſentem veniretur, et de fundo Cæcina moribus deduceretur. Ipſe GOTHOFREDVS quoque *in not. ad cit. orat.* hanc vim diſtinguit ab ea, quæ per *manuum conſertionem* fiebat, et cum his SAMVEL PITISCVS *in lex. antiq. Rom. verbo, vis.* Enim vero non aliam *vim commentitiam,* quam quæ per ſimulacrum pugnæ in *vindiciis* dandis fiebat, CICERONI intellectam fuiſſe, probabile eſt. Iure hereditario Cæcina fundum Fulcinianum, per Aebutium emtum, ſibi aſſerebat. Poſtquam vero hic conſtituerat, ſe quouis modo poſt mortem teſtatricis fundum vindicaturum, in foro Cæcinæ Romæ denunciat, *fundum illum ſuum eſſe, ſeque ſibi emiſſe,* adeoque in iure eum vindicare nitebatur. Quia vero Cæcina, vt heres, eum *ſuum* dicebat, cuius poſſeſſionem quouis modo inuadere ſtudebat AEBVTIVS, lis *vindiciarum* præmittenda erat, quam *nouæ litis genus malitioſum* vocat CICERO. Ergo, vt moris erat, conuenerant in iure de die, quo in *rem præſentem* iretur, id quod manus conſerendi cauſſa fiebat, vt de poſſeſſione ante omnia conſtaret. *At eum fundum,* ait CICERO, *profectus eſt Cæcina, ex quo ex conuentu vim fieri oportebat,* et quidem *ex moribus,* quibus legis XII. ſcita paullulum immutata erant, vt GELLIVS declarauit; ſed Aebutius armata manu reſiſtebat, vt *moribus* vis fieri non poſſet, *vindiciarum* cauſſa, quorſum rurſus reſpiciunt hæc CICERONIS: *cum Aebutius Cæcinæ malum minaretur* per armatos homines, *ibi tum Cæcina poſtulauit, vt moribus deductio fieret,* h. e. vt manu confererent, et ſimulacrum pugnæ iniretur, per quod de poſſeſſione fundi deduceretur, oſtendereturque, Aebutium non poſſidere. Re vera enim hunc cauſſam in iudicium deduxiſſe, innuit CICERO ſtatim ab initio, oſtendens, eum impudentem fuiſſe, *quod in iudicium venire auſus fuerit.* Addit vero: *ſi fa-*

cta

ſta vis eſſet moribus, ſuperior in poſſeſſione retinenda fuiſſet, quæ verba rurſus indicant, *vim* hanc *fictam* vindiciarum cauſſa inſtitutam fuiſſe, prout etiam exiſtimat HOTTOMANNVS *in comment. ad orat. cit. tom. III. oper. p. 1120.*

§. VIII. Vlterius (II) vis debet eſſe *illicita*, ſeu vt quis ſcienter ſibi *ſine iudice* contra leges ius dixerit, vbi tamen copiam iudicis habere potuit. Debet ergo tale factum perpetratum eſſe (α) *ſcienter, dolo malo*, ab eo, qui doli capax; vnde facile liquet, quinam in pœnam priuationis incidere queant, et quinam ab ea immunes ſint, h. e. furioſi, mente capti etc. de quibus ſpeciatim agit BARDILI *in explicat. l. 7. C. vnde vi* §. *40.* quæ cum plana ſint, facile ex principiis communibus æſtimari poſſunt. Sicuti vero *errantis* non eſt voluntas, ita non incidit in pœnam ius ſibi dicentis, qui ſibi noluit ius dicere, ſed per errorem rem ſuam ſecum auferre intendens, rem alienam abſtulit. Ceterum dum *dolum* deſidero, tantum *ſcientiam* ius ſibi dicentis innuo, vt propoſitum rem auferendi vel inuadendi habeat, vtut forſan perſuadeat ſibi ex quadam præconcepta opinione ſtultiſſima, tale factum non eſſe illicitum. Id ipſe indigitat imperator in §. *1. I. de vi bonor. rapt.* caſum afferens de eo, *qui aliquo errore ductus, rem ſuam eſſe exiſtimans, et imprudens iuris eo animo rapuit, quaſi domino liceret, etiam per vim, rem ſuam auferre poſſeſſoribus;* qui quidem a crimine *rapinæ* abſoluitur, ſed non a pœna ius ſibi dicentis, *ne melioris conditionis ſint ſtulti quam periti*, eum illorum reſupina opinio ſit minus excuſabilis, craſſa, affectata, et ita ab hac pœna ciuili non excuſet. *L. 4. quod vi aut clam.* conf. MENOCH. *remed. 5. recup. poſſeſſ. n. 74.*

(2) Vis debet eſſe doloſe commiſſa.

§. IX.

3) Sine iudice vis illata.

§. IX. Sed etiam (β) *ſine iudice,* cuius tamen copiam habere potuit, quis ſibi ius dicere debuit. Quid ergo ſi copia iudicis deficiat? Variis ex cauſſis id euenire poſſe, dubium non habet. Huc pertinet *iuſtitii* publica calamitas, præſertim *vniuerſalis,* quo caſu ſtatus *ciuilis* in *naturalem* quodammodo degenerat, adeo vt in eo obtineat illud, quod dicitur *Iudic. XVII, 6. In diebus illis non erat rex in Iſrael, ſed vnuſquiſque, quod ſibi rectum videbatur, faciebat.* Interregni Germanici miſera fata talem ſtatum nobis ob oculum ponunt, quo per *vim,* iudice ſupremo deficiente, quæuis peracta. Ita enim MVTIVS *lib. XXI. chron. His temporibus arma vbique, leges fere nunquam dominabantur: Quiſque occupat, quantum potuit, per vim etc.* Pariter THRITHEMIVS *in chron. Hirſaug. ad ann.* 1260. *his temporibus cum non eſſet rex in terris, qui motus prædonum reprimeret, omnia per tumultum, ſine lege, ſine ordine, pro lubitu fiebant.* Quia de cauſſa qui in tali ſtatu calamitoſo ſibi ius dixit, non incidit in pœnam ius ſibi dicentium, quia, vt ait GROTIVS *de I. B. et P. lib. I. c.* 3. §. 2. *n.* 1. *lex vetans ſine iudice ſuum conſequi, intelligi commode debet, vbi copia eſt iudicii.* Conf. exercitatio XXV. *de eo quod iuſtum eſt durante iuſtit. cap. II.* §. 6. Interim talis ſententia, quam quis, vt ita loquar, in propria cauſſa tulit, vires rei iudicatæ non conſequitur, ſed, reductis iudiciis, cauſſa hæc ſub examen reuocari poteſt, vt tamen a pœna prædicta immunis ſit actor.

Ergo ceſſat pœna priuationis tempore totalis iuſtitii.

Vt et ſi extremum in mora periculum eſt:

§. X. Verum etiam extra *ſtatum iuſtitii* copia iudicis ceſſare poteſt, ob *præſentiſſimum in mora periculum,* quod ad iudicis ordinarii auxilium confugere non permittit. Plenus eſt de hac materia STRVVIVS *de vindict. priuat.* cum commentatoribus *ad tit. C. quando lic. vnicuique ſine iudice ſe vindic.* quorum

Digitized by Google

rum tradita non reguſtabo. Mirum autem eſt, a pleriſque hoc loco plane negligi *nunciationem noui operis priuatam*, qua nuncians re vera ſibi ius dicit. Quamuis enim vim *proprie* et ſtricte loquendo alteri non inferat, in genere tamen per *l. 13. D. quod met. cauſ.* dicitur *vis*, quoties quis ſibi *ſine iudice* ius dicit. Iam vero qui *ſine iudice* alteri nunciat nouum opus, pro *imperio* ipſi vice iudicis imperat, vt ab opere incepto tam diu deſiſtat, donec de iure ædificandi conſtiterit. Ait ICtus *in l. 1. §. 2. D. d. nunc. nou. oper. Nunciatio ex hoc edicto non habet neceſſariam prætoris aditionem, poteſt enim nunciare quis, etſi eum non adierit.* Permiſſum ergo eſt, vt quis ea in re ſibi ius *interim* dicere poſſit, cuius peculiaris ratio cum a pleriſque negligatur, vt plurimum etiam hæc *priuata prohibitio* ad quæuis opera noua applicari ſolet. Ego vero parcius eo remedio vtendum et illud ad eum caſum reſtringendum eſſe arbitror, vbi *periculum* eſt in mora, vt prætor adiri, et eius auxilium ſtatim haberi non poſſit. Dantur plura opera, quæ breuiſſimo temporis ſpatio in vicini præiudicium fieri poſſunt, adeo vt ſi magiſtratum adire, et *mandatum prohibitorium* ab eo petere vellet is, cuius intereſt, intra moram opus perfici poſſet, quo perfecto mandatum effectu careret. Vt ergo vicino iura intacta ſeruentur, eo in caſu illi tantum permiſſum videtur, in re præſenti *ſine iudice* opus nouum nunciare, cum etiam in aliis caſibus, quoties dilatio periculum allatura eſt, recedatur a regulis iuris ordinariis. *l. 5. §. 12. D. de nou. op. nunc.* Ita vero omnia plana ſunt, ſimulque inde conſtat, ob quam cauſſam ei, qui *viam* habet, denegetur nunciatio noui operis contra eum, qui in via ædificat in *l. 14. D. eod.* videlicet non alia de cauſſa, quam quod *ædificium exſtruere* non ſit cauſſa talis, quæ in mora leuiſſima

veluti in nunciatione noui operis.

periculum habet, cum facile prætor adiri et per eum prohiberi poſſit vicinus. Neque enim nunciatione priuata negata ſtatim etiam negatur prohibitio per Prætorem, vt docet *l. 3. §. 2. eod.* cum hæc potius ordinaria et *regulæ* conformis ſit, illa vero exorbitans, irregularisque cenſenda et ita magis ad *exceptiones* referenda.

Sibi ius ſine iudice dicunt: 1) Si creditor rem debitoris occupat. 2) Si auctoritate iudicis incompetentis occupat.

§. XI. Variis autem modis contingere poteſt, vt quis ſibi ius dicat *ſine iudice:* I) Si priuato auſu rem debitoris ſui crediti cauſſa occupat, vel eam, quam vindicare per iudicem debebat, inuadit, alterique eripit, de quibus caſibus potiſſimum textus adducti loquuntur: II) Si quis quidem auctoritate *iudicis* vtatur, ſed *notorie incompetentis,* vtpote ſi per hunc ſequeſtratio fiat, vel in poſſeſſionem implorans, expulſo et deiecto vero poſſeſſore, conſtituatur; tale enim factum iudicis incompetentis *extraiudiciale* et mere *priuatum* cenſetur, habeturque ac ſi *ſine iudice* quis ſibi ius dixiſſet. *L. f. D. de iuriſd.* Incompetentiam vero deſidero *notoriam,* ob quam citatus ne quidem comparere tenebatur: in *dubia* et *ambigua* excuſandus eſt implorans eius auxilium, quamuis vel maxime eius facta poſtea reuocentur, aut annullentur, quia ſine iudice noluit procedere, eumque, quem adiit, iuſta de cauſſa competentem eſſe credidit. MENOCH. *remed. 5. recup. poſſeſſ. n. 8. ſqq.*

3) Si ſub obtentu reſcripti rem inuadit.

§. XII. III) Similiter *ſine iudice* agit, ſibique ius dicit, qui ſub obtentu *reſcripti* impetrati alienam peruadit poſſeſſionem, vtut auxilio iudicis peruerſe procedentis vtatur. Huc collineat *L. meminerint. 6. C. vnde vi,* quæ deſumta eſt ex *l. 2. C. Theod. vnde vi,* ſed admodum deformata et corrupta. Indigitat videlicet *cit. l. 2.* imperatores diſponere de eo, qui ſe ſpoliatum a quo-

quopiam querebatur, ſeque audiri poſtulabat, adeoque impetrauerat ad magiſtratum reſcriptum, quo huic imperatum erat, vt reſtitueret ſupplicem in poſſeſſionem, ſi vi eum deiectum eſſe conſtaret. Quodſi ergo huiuſmodi reſcripti terrore, quod nec apud iudicem ediderat, nec aduerſario intimauerat, poſſeſſorem turbare, litemque violentia præoccupare tentauerit, in perpetuum lite multandus eſt. Idem quoque dicendum, ſi *interlocutionem* iudicis impetrauerit, veluti ſimplex mandatum de reſtituendo, eoque ſuppreſſo ſub ſpecie *iudicati* alienam inuaſit poſſeſſionem; cum tamen talis interlocutio vim *iudicati* haud ſortiatur, nec integrum ſit impetranti, *ſine iudice* ad exſecutionem procedere, ſi vel maxime vis iudicati adeſſet tali mandato. Hunc ſenſum præ ſe ferre deberet *l. cit. 6.* in alium tamen intellectum a TRIBONIANO contorta, vt optime docet GOTHOFREDVS *ad cit. l.* Verba adulterata hæc ſunt: *meminerint cuncti, ſiue vulgato reſcripto manſuetudinis noſtræ ſiue ſententia cuiuslibet iudicis vtantur, in cauſſis conueniendos locorum dominos eſſe.* Si ad mentem *l. 2.* vnde deſumta ſunt, hæc accipienda, hoc intelligi debent modo: qui reſcriptum intuitu poſſeſſionis impetrauit, illud vulgare et edere, atque nihilominus cum poſſeſſore de poſſeſſione adhuc contendere, non vero ad exſecutionem obtentu huius reſcripti properare debet. Idem quoque de ſententia iudicis h. e. *interlocutione* ſimplici vel *mandato* impetrato, quod inaudito poſſeſſore obtinuit, dicendum, quippe quo vti non debet, ad alterum expellendum, qui nondum auditus eſt, ſed conueniendus: nam de *re iudicata* vox *ſententiæ* in *cit. l.* vel ideo capi non poteſt, quod conueniendi adhuc dicantur *domini locorum* h. e. poſſeſſores, id quod ſuperuacuum eſt poſt rem iudicatam, poſt quam imminet exſecutio.

 cutio.

cutio. Additur ratio: *ne inde iniuriarum naſcatur occaſio, vnde iura naſcuntur*, quæ verba ad *iudicem* vnice quadrant, indigitantque, cum, inaudito poſſeſſore, non mox ad exſecutionem *reſcripti*, quod cognitionem nemini adimit, vel talis *mandati* pergere poſſe. In hoc recedit *l. 6. cit. a l. 2. C. Th.* quæ non de *iudice*, ſed de eo loquitur, qui tale reſcriptum, quod ne quidem edit, vel *interlocutionem*, quam ſupprimit, peruerſo applicat modo, et poſſeſſionem alienam ſub eius obtentu inuadit. Interim inde, noua hac interpretatione facta, palam eſt, non tantum eum *ſine iudice* procedere, qui obtentu huius reſcripti vel mandati iudicialis alienam occupat poſſeſſionem, ſibique ita ius dicit, ſed etiam, qui, edito reſcripto vel mandato, iudici auctor eſt, vt contra inauditum, haud cognita cauſſa, ad exſecutionem procedat, quia talis iudex *de facto*, ad inſtar *priuati*, procedit, adeo vt in hunc quoque caſum pœna ſibi ius dicentis conſtituta fuerit. Additur in *cit. l. 6.* *Quodſi præcepta noſtra implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuabuntur.* Parum enim referre videtur, vtrum quis ſibi ius dicat omni auxilio alieno deſtitutus, an aliena ope vtatur, etiam *iudicis*, qui non vt *iudex*, ſed *extraiudicialiter* ſeu *de facto* et vt *priuatus* procedit, et ſic re vera alterum inique poſſeſſione priuat. Inde vulgatum illud: *iudici de facto procedenti de facto reſiſti poteſt*, vti reſiſtere licet priuato et ſpolium minanti, quod fuſius explicat B. STRYK. *de fact. iudicis de facto c. 1. n. 80. ſeqq. conf.* MENOCH. *remed. VIII. recup. poſſ. n. 8. ſqq.* L. B. de LYNKER *de grauam. extraiud. c. IX. p. 2. §. 44. n. 3. ſqq.*

Nec obſtat, ſi vel maxime apparenter

§. XIII. Quæ cum ita ſint, *ſine iudice* etiam procedere dicitur, qui non *iudicialiter* ius ſibi reddendum exiſtimat, licet *apparenter* iudiciali ope vſus fuerit, quia factum hoc iudicis magis

Digitized by Google

magis *ſpolium* eſt, via *facti* non *iuris*, imo facinus mere priuatum. Suppono autem I) iudicem ita procedere a parte imploratum, vt *de facto* procedat, quia ſic implorans in dolo eſt, et ipſe feciſſe intelligitur, quod per alium, licet ſub *velamine iuſtitiæ*, fecit. Si generaliter iudicis auxilium implorat, petitque cauſſæ cognitionem, iudex autem, ſine ea ſtatim ab exſecutione inchoat proceſſum, huius, non partis, eſt delictum, pro quo iudex eſt plectendus, non actor; II) iudicem, omiſſa *omni cauſſæ cognitione*, nec reo audito, de poſſeſſione aliquem deiicere. STRYK *cit. l. n. 97*. Nec exceptio *notorii* iudicem actoremque excuſabit, cum ſemper dubium ſuperſit, vtrum factum aliquod *notorium* dici queat, nec in hoc citatio ſit omittenda. Ius canonicum quidem paſſim inculcat, in *notorio* nullum proceſſum obſeruandum eſſe, ſed potius ſtatim exſecutionem faciendam, vt plenius ex huius iuris floſculis docet STRYK. *de notorio c.* 1. Enim vero optime IDEM monet, hanc doctrinam non tantum periculoſam ſed barbaram et ab omni iuris ratione alienam eſſe, cum multa dicantur notoria, quæ non ſunt, eaque vnice ab illis inuenta fuerit, qui optimos quoſque ſub prætextu *notorii* oppreſſere, quos per legitimos iuris tramites vincere haud potuere. Ceterum non credendum eſt, in mandatis S. C. tale quid hodie fieri; etenim nec hæc *ſine cauſſæ cognitione* decernuntur, et vbi decernuntur, inſtar *ſententiæ* ſunt, nec abſque his mox ab exſecutione ſit initium, denique etiam contra hæc execeptio *ſub*- et *obreptionis* adhuc ſalua eſt. Qua de cauſſa ſi iudex adhuc aliquam cauſſæ cognitionem adhibet, reumque citat, licet vel maxime *nulliter* procedat, minime tamen huic pœnæ locus eſt, quæ ſtatuta eſt iis, qui ius ſibi dixere, cum *ſine iudice* actor nihil agat, et huius ſit decernere

iudiciali opevſus fuerit; modo actor iudicem implorauerit,

et hic ſine cauſſæ cognitione proceſſerit.

Diuerſa eſt ratio mandatorum S. C.

nere et ſtatuere, quomodo procedi debeat, atque ita moderari et temperare iniquas ſæpe partium petitiones, non vero ſtatim eas ſequi. Vulgatum eſt: *iniqua peti, vt obtineatur æquum.* conf. MEVIVS *P. I. dec. 225. n. 4.* Proinde ſi iudex, lata ſententia, in exſecutione peruerſe agit, ſi, appellatione interpoſita, aliquid attentat, *ſpolium* quidem committere dicitur; at is, in cuius fauorem hoc factum eſt, argui nequit, quod ius ſibi ſine iudice dixerit. Neque enim ſtatim qui *ſpoliare* dicitur, ius ſibi ſine iudice dixiſſe, cenſendus eſt, cum latius pateat *ſpolii* conceptus in primis ſecundum ius canonicum, quam *facti*, ius ſibi ſine iudice dicentis.

Quid ſi iudex ſibimet ipſi ius dixerit?

§. XIV. Quodſi *iudex* ipſemet ius ſibi dicit, videndum, vtrum procedat vt *iudex* ordine iudiciario, an vero *extraiudicialiter* vt priuatus, ſine omni ordine iuris? *Poſterius* fieret, ſi dominus emphyteuſeos, qui ſimul *iudex* eſt, ob non ſolutum canonem mox inauditum expelleret emphyteutam, eumque emphyteuſi priuaret, id quod minime permittendum. Licet enim iuriſdictione præditus ſit, ea tamen vti debet ſecundum iuris ordinem, non contra inauditum, et quidem in cauſſa propria, procedere. BERLICH. *p. 2. concl. 4. 6. n. 9.* CARPZ. *P. 2. C. 38. def. 2. et lib. I. reſp. 87.* STRVV. *ex. II. §. 73.* Erroneum enim et prorſus falſum eſt quorundam aſſertum, integrum eſſe domino directo virtute *domini directi*, priuata auctoritate expellere emphyteutam in caſu commiſſi fundi emphyteutici, quo facto re vera ſibi ius diceret, RICHTER *P. 2. dec. 84. n. 3.* adeoque in pœnam ius ſibi dicentis incideret, a qua nec dominus directus excuſatur; qui ſimul iudex eſt, quia magis vt *pars* quam vt *iudex* procedit, dum inauditum ſine cauſſæ cognitione priuat iure ſuo. *Prius* vero

vbi

vbi contingit, pœnæ ius ſibi dicentis locum non eſſe prorſus arbitror. Aut enim illicite in *cauſſa propria* iudicat, aut licite. Illud regulariter dicendum eſt, cum nemo debeat eſſe iudex in propria cauſſa, *l. 10. D. de iuriſd.* adeoque qui ita procedit, nulliter procedit, ſine pœna tamen priuationis. Quamuis enim etiam hoc modo ſibi ius dicere dicatur, vt docet *l. vn. C. ne quis in ſua cauſſa* generaliter decernens, *neminem ſibi eſſe iudicem vel ius ſibi dicere debere, cum in re propria iniquum admodum ſit, alicui licentiam tribuere ſententiæ;* ſciendum tamen eſt, in *l. 13. D. quod met. cauſ.* prohiberi tantum, ne quis in re ſua ſibi ius dicat *ſine iudice.* Qui ergo in re propria vt *iudex* procedit, ordinemque iuris ſeruat, nulliter quidem procedit, adeoque peccat, interim ad eum *l. cit. 13.* applicari nequit, quæ vnice de eo caſu intelligenda, quo quis ſibi ius dicit, *ordine iuris non ſeruato,* et ita priuato auſu *ſine iudice,* cuius eſt, ordinem iuris ſeruare, et cognita cauſſa ſententiam ferre publica Reipublicæ auctoritate, id quod etiam facere intendit iudex, qui in *propria cauſſa* iudicare intendit, ordine ſeruato. Ceterum vbi iudex in cauſſa propria *licite* procedit (id quod in quibuſdam caſibus permiſſum eſt) eo minor dubitandi eſt ratio. Etenim I) de iniuria ſibi illata cognoſcere et iudicare non prohibetur, ſi (α) euidens eſt, ex ipſis apparens actis; (β) intuitu officii illata, quam ſtatim iudex, coram quo cauſſa principalis pendet, ſine nouo proceſſu arbitraria pœna coercere poteſt. MEV. *P. 5. dec.* 374. *n.* 8. 9. Vt plurimum hæc deciſio trahitur ex *c.* I. *de pœn. in 6.* vbi pontifex ita: *Licet Rhemenſi archiepiſcopo ſuam prouinciam viſitanti eos, qui tunc ſibi vel ſuæ familiæ, aut aliis, quos propter hoc per eandem prouinciam dirigit, et etiam quando concilium conuocat, eos,*

In quibuſdam caſibus iudex ſibi licite ius dicit.

qui

qui nunciis ſuis, quos pro illo vel aliis per prouinciam illam ſua debita iuriſdictione vtendo tranſmittit, iniuriari præſumunt; ſi hac occaſione, ſua in his impediatur iuriſdictio, pro iniuria huiuſmodi (dummodo exſiſtat notoria) propria auctoritate punire, vt probat CARPZ. P. I. C. 26. *def.* 28. *n.* 6. *et pr. crim. q.* 95. *n.* 84. *ſqq.* GAILIVS I. *obſ.* 39. *n.* 1. *ſqq.* Cenſetur enim hæc vindicta magis *publica*, quam *priuata*, nec tam ſuam, quam *officio ſuo*, quod publicum eſt, illatam iniuriam vlciſcitur. Neque vero credendum eſt, hoc tantum ſpeciatim archiepiſcopo Rhemenſi conceſſum fuiſſe. Nam addit pontifex generalem deciſionem: *ſibi etiam et metropolitanis aliis in ſuis prouinciis (dum ſic in illis iuriſdictionem exercent) puniendi manifeſtas et notorias offenſas, tunc eiſdem illatas, vel ſuis (etiamſi exinde impediri iuriſdictionem huiuſmodi non contingat) libera ſit de noſtra ſpeciali conceſſione facultas.* Vindicant tales iniurias per cenſuras eccleſiaſticas ſeu excommunicationem, vt eo grauior terror laicis, imperioſis clericis reſiſtere volentibus, incutiatur; quo ipſo factum eſt, vt imperium ſuum ſacrum admodum et latiſſime in laicos extenderint. Quamuis vero, quod lubens fateor, papalis hæc deciſio vnice ſacro imperio faueat, et pro eo augendo, firmando, dilatando excogitata ſit, nec omni *magiſtratui eccleſiaſtico*, ſed tantum *maiori*, in illuſtri dignitate conſtituto, *ſpeciali conceſſione pontificia*, hæc prærogatiua data ſit, non abhorret tamen praxis hodierna, inde nata, a recta ratione, et ita eo magis tolerari poteſt. Iam olim apud Romanos itidem omnibus magiſtratibus maioribus ſecundum ius poteſtatis conceſſum erat, *iuriſdictionem ſuam defendere pœnali iudicio*, *l. vn. pr. D. ſi quis ius dic. non obtemp.* neque enim contemni ſe pati debebat, *l.* 19. *pr. de offic. præſ.* ſed contemtam maieſtatem ſuam vindicare, vt dicitur in *l.* 9. *de iuriſdict.*

riſdict. cum non tam in propria cauſſa et ſibi ius dicat, ſed magis reipublicæ. Præterea quoque generali conſuetudine Germaniæ receptum, vt nobiles, qui iuriſdictionem patrimonialem habent, eam contra ſubditos ſuos in cauſſis propriis exercere poſſint, eos conueniendo coram iuſtitiario et ſcabinis, actaque tranſmittendo ad extraneum ICtorum collegium. ZANGER *de except. P.* 2. *c.* 1. CARPZ *P. I. C.* 2. *def.* 20. *n.* 4. WILDVOGEL *de cauſ. propria c.* 2. §. 18. Qua de cauſſa dominus directus, iuriſdictione hac inueſtitus, ad priuationem emphyteuſeos coram ſuo iudicio agere, et lite finita tandem ipſe ſententiam exſequi poteſt, vt non incidat in pœnam ius ſibi dicentium.

Ius quoque ſibi dicunt inuaſores rei alienæ in genere.

§. XV. Denique *inuaſores rei alienæ* in primis ſibi *ſine iudice* ius dicunt, ſiue rem immobilem occupent, qui proprie *inuaſores* dicuntur, ſiue rem mobilem debiti vel alius iuris cauſſa propria auctoritate capiant. Quamuis enim de iure ciuili in re mobili locum non habuerit interdictum *vnde vi*, pœna tamen ius dicentium obtinuit. §. 1. *l. de vi bon. rapt.* Huc pertinet, I) ſi conductores rerum alienarum, ſeu alienam *cuiuslibet rei* poſſeſſionem precario detinentes, finito contractu reſtitutionem dominis ſine vlla iuſta cauſſa denegant, et in hac contumacia vſque ad ſententiam definitiuam ſubſiſtunt. *l. pen. C. loc. l.* 10. *C. vnde vi* qui tanquam *inuaſores alienæ poſſeſſionis*, tenentur, h. e. non tantum rem conductam reſtituere, ſed etiam æſtimationem eius præterea ſoluere debent. Hæc enim pœna iis imminet, in quibus, cum nihil amittere queant, æſtimationem eius ſoluere coguntur. §. 1. *l. d. vi bon. rapt.* Nouum et peculiare recuperandæ poſſeſſionis remedium MENOCHIVS *remed. XI.* ex his legibus concinnauit, ſine ſolido fun-

damento, cum noua applicatio iuris communis ad hunc caſum ſpecialem tantum in *cit. l.* 10. deprehendatur. Dixi *ſine iuſta cauſſa* denegandam eſſe reſtitutionem; nam ob *expenſas* in rem conductam factas conceditur quidem retentio, non vero propter exceptionem *dominii*, quod ſibi aſſerit conductor. *l.* 25. *C. locat.* II) Si legatarius rem legatam, adita iam hereditate, omnibusque rebus ab herede iam poſſeſſis, citra voluntatem heredis occupat, qua in re ſibi ius dicit ſine iudice. *l.* 5. *C. de legat.* Quodſi ante hereditatem, ab herede occupatam, legatum inuadat, quia vacua adhuc poſſeſſio fuit, vim proprie non facit, ſed tenetur quandoque inderdicto *quod legatorum*, quatenus heredis intereſt, rei legatæ poſſeſſionem habere, præſtita tamen cautione, de ea reſtituenda, ſi contra ſe iudicatum fuerit. *l. vn. C. quod legat.* III) Qui rem vllam debitoris, debiti cauſſa, eo renitente, occupat, vel ei inuito aufert: *l.* 13. *D. quod met. cauſ.* item qui ob debitum debitoris ſui fundum occupat, ingrediturque, aut etiam ſignacula *per propriam poteſtatem* (h. e. ſine iudice) rebus debitoris mobilibus, *Nou.* 60. *c.* 1. immobilibus vero titulos imponere præſumit, *Nou.* 164. *c.* 1. qua ratione eas ſibi vindicabat, et ſine iudice aſſerebat. Vtrumque prohibitum eſt in *tit. C. vt nemo priuatus titulos præd. ſuis vel al. impon. et tit. C. vt nem. liceat ſine iudicis auctor. ſigna rebus impon. alien.* Ex titulis enim et ſignis impreſſis æſtimari ſolebat, cuius res eſſet, vt AVGVSTINVS morem ſui temporis referens *in enarrat. Pſ. XXI.* obſeruat: *Videte fratres, quando aliquis potens inuenerit titulos ſuos, nonne iure ſibi rem vindicat et dicit: non poneret titulos meos, niſi res mea eſſet; titulos meos poſuit, mea res eſt: vbi nomen meum inuenio, meum eſt.* Re vera ergo impoſitio *titulorum* et *ſignorum* erat quædam rerum

inua-

Digitized by Google

inuaſio, qua quis ſibi ius dicere conabatur ſine iudice. In primis vero ſine iudice, per vim, agit, qui pignorationes facere audet, h. e. alii pro alio aliquid extorquere, quod non tantum priuatione actionis, quam habuit, ſed etiam quadrupli pœna punitur. *Nou. 52. c. 1.* Item qui debitoris liberos in pignus aut in ſeruile miniſterium retinere tentat. *Nou. 134. c. 7.* Tandem quilibet violentus rerum inuaſor, quem leges ſupra citatæ potiſſimum ſub hac pœna reuocant.

§. XVI. Denique neceſſe eſt, vt quis ſibi ſine iudice ius dixerit more *iniquo* et *improbato* h. e. præter legis conceſſionem aut voluntatem debitoris, poſſeſſoris, teſtatoriſque. Ex tali enim vi demum tumultus oriri in republica poſſunt, ad quos declinandos iudicia publica ſunt conſtituta. Ex triplici ergo fundamento quis ſibi *licito more* ius *ſine iudice* dicere poteſt: I) ex conceſſione *legis:* II) *teſtatoris:* III) *debitoris* vel *poſſeſſoris.* Sicuti enim, qui ſecundum legem agit, nemini facit iniuriam, ita nec volenti ea infertur. Quod ergo *conceſſionem legis* concernit, palam eſt, quandoque *extra ordinem* leges permiſiſſe *vim* quandam *priuatam*, qua actor ſibi ius dicit ſine iudice in ſuis rebus. Hoc contingit in *nunciatione* noui operis *reali*, quæ *per manum* fieri dicitur in *l. 5. §. 10. D. de nou. oper. nunc.* quoties vicinus in noſtro ædificat; ne enim hoc modo poſſeſſionem adipiſcatur, permiſſum eſt, manu deſtruere, quod in noſtro a vicino eſt ædificatum. Equidem nunciatio *per manum* videtur eadem fuiſſe, quæ alias per *iactum lapilli* fiebat, cuius mentio fit in *l. 6. §. 1. ſi ſeru. vind. l. 1. §. 5. l. 20. §. 1. quod vi aut clam,* ſed recte obſeruat SCHILTER *ex. 42. §. 16. ſqq.* realem deſtructionem intelligi per eam nunciationem, quæ *per manum* facta dicitur, et verba in *l. 5. §. 10. D. N. O. nunc. i. e. per iactum*

4) Requiritur vis illata more improbato.

Excuſatur qui vim infert 1) ex legis conceſſione.

lapilli eſſe ab imperita manu interpolata, quod iactus lapilli nuda eſſet ſolemnitas, vis *commentitia* ſeu *imaginaria*, poſſeſſionem vero nobis conſeruare integrum eſſet etiam vi adhibita. Hoc modo facile intelligi poteſt *l. 7. §. 3. D. quod vi aut clam, ſi tu ædificaueris vi aut clam (in meo,) ego idem demolitus fuero vi aut clam* pro conſeruanda mea poſſeſſione, *et vtaris aduerſus me interdicto, exceptio*, quod tu vi aut clam ædificaueris, *mihi profutura eſt*. Addit tamen VLPIANVS, *quod non aliter procedere debet; niſi ex magna et neceſſaria cauſſa* h. e. pro conſeruanda mea poſſeſſione indubia, ſi vicinus in meo ſolo, me abſente forſan, aliquid immiſit vel ædificauit, quod tamen ſine vllo tumultus metu facile deſtruere poſſum. In meo enim licite quid agere, et ſic licite deſtruere poſſum, quod alter *in meo* fecit, quemadmodum licite aquæ ductum intercidere poſſum, quem alter ſine ſeruitute per meum fundum traiecit. *l. 29. §. 1. D. ad L. Aquil.* Huc quoque pertinere videtur, quod, inquilino non ſoluente penſionem, dominus ædium, obſignatis iis per Notarium, quæ intus erant, poſſit fores ædium percludere *l. pen. D. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tac. contr.* EMVNDVS MERILLIVS *lib. 3. obſ. 25.* PACION *de locat. cond. c. 40. n. 40. ſqq.*

An hæc probari poſſit, conductore non ſoluente penſionem? Rationes pro affirmatiua ſententia,

§. XVII. Hac occaſione non inepte quæritur, an conductor, ſi per biennium penſiones non ſoluerit, propria poſſit expelli auctoritate a locatore? Non deſunt, qui hanc *priuatam eiectionem* permiſſam eſſe contendunt: 1) quod locator per colonum poſſideat, et ita prohiberi non poſſit, vt in poſſeſſionem rei ſuæ eat: 2) quodſi colonus domino reſiſteret, eumque admittere in fundum nollet, dominus vt deiectus interdicto *vnde vi* agere poſſet: *l. 12. l. 18. D. de vi et vi armata* 3) quod in *l. 61. pr.*

pr. D. locat. occurrat caſus de *eiecto colono*, a domino penſionum debitarum nomine conuento; cui tamen actio deneganda foret, ſi ſibi ius impune dicere non poſſet: 4) quod ob non ſolutam mercedem vel *inuitum* colonum *expelli* poſſe aſſerat ANTONINVS *in l. 3. C. loc.* quæ *expulſio* non poteſt non priuata *quædam exſecutio* eſſe, id quod potiſſimum 5) arguit ICtus in *l. 54. §. 1. D. locat.* proponens pactum inter locatorem et conductorem, *ne infra tempora locationis conductor de fundo repelleretur, et ſi pulſatus eſſet, pœnam decem præſtaret locator.* Hoc pactum ſine dubio morem antiquum, expellendi propria auctoritate conductorem, ſupponit, qui adeo non improbatur, vt potius, conductore per biennium penſionem non ſoluente, locatori indulgeatur, eum *ſine metu pœnæ promiſſæ* expellere. Hæc *expulſio* ſi per iudicem actione mota locati facta fuiſſet, fruſtra ICtus aſſeruiſſet, agentem conductorem ad pœnam per exceptionem *doli* repelli. Etenim ſi locator agere debuiſſet, mox conductor ipſi hoc *pactum pœnale* oppoſuiſſet, nec obligatus fuiſſet, vt eo nomine actionem mouiſſet. Denique 6) non ſtringere argumentum, a creditore deſumtum, qui hypothecam propria auctoritate occupare prohibetur, *l. 3. C. de pignor.* cenſent, quod hic rem alienam occupare intendat ab alio poſſeſſam, locator vero rem propriam ingrediatur, cuius poſſeſſio adhuc penes ipſum eſt, adeoque ſuo iure vtatur licite. MENOCH. *remed. V. recup. poſſeſſ. n. 46.* PACION *de locat. cond. c. 55. n. 12.* BODIN. *de expell. conductore th. 3.* In alia omnia iuerant FRANZK. *ad tit. locat. n. 182.* FACHINEVS *lib. I. controu. c. 95.* L. B. de LYNKER *de expulſ. conduct. ſi penſion. non paruerit p. 32.* quod leges a *propria ſibi ius dicendi poteſtate* abhorreant, eamque prohibeant, quod ex hac expulſione, ſi colonus ſeſe ingredienti *manu* *Pro negatiua.*

D 3 *arma-*

armata opponeret, tumultus aliaque mala oriri poſſent, et quamuis leges *expulſionem* permittant, non alia tamen intelligi poſſit aut debeat, quam adhibito iudice et *cauſſa cognita* facta.

Deciſio. In hoc interpretum diſſidio ſtatus controuerſiæ ante omnia recte formandus, et videndum, quid ſit *propria auctoritate* expellere? Nam 1) id poteſt intelligi de vi etiam adhibita et reſiſtenti colono illata, vt hoc modo expulſus ſit. Talem expulſionem per vim factam leges improbant, cum etiam deiectus ſit reſtituendus, qui ipſemet *vi, clam* vel *precario* poſſidebat; *l. 14. D. de vi et vi arm.* precario poſſidens autem fere eandem cum conductore poſſeſſionem habet. Quid quod ſi locator fundum vendit, et iuſſit, *emtorem in vacuam poſſeſſionem ire*, quam colonus intrare prohibuit, *poſtea emtor vi colonum expulit*, colonus contra hunc interdicto *vnde vi* agere poteſt, ſi vel maxime *voluntate venditoris* colonum vi expuliſſet, quod mandatum illicitum vocatur *in l. 18. pr. D. de vi et vi arm.* Denique ſi colonus reſiſtit, manumque armatam locatori, poſſeſſionem ingredienti, obiicit, cumque ideo non admittit, colonus *per vim* poſſidere incipit et *ſpoliator* eſt; *l. 12. et 18. cit. tit.* at vero nec qui vi poſſidet, deiici per vim poteſt, *l. 14. cit.* ſed potius contra eum interdicto *vnde vi* vtendum. *l. 12. et 18. cit.* (II) id poteſt intelligi de *expulſione* abſque vi armata, ſine iudice tamen facta, quæ etiam *vim* quandam arguere videtur iuxta *l. 13. D. quod met. cauſ. l. pen. D. ad L. Iul. de vi priu.* ſed in ſenſu magis *latiori*, quatenus *ſine iudice* ſibi ius dicit. Talis *priuata expulſio*, ſi vel maxime inuitus recedit colonus, permiſſa erat, quia dominus adhuc poſſidebat, et ita ſuam poſſeſſionem continuabat. Fingamus Titium hortum ad ſex annos locaſſe Lucio atque huic per biennium penſionem non ſoluiſſe, Titium vero,

Digitized by Google

ro, adhibito clauſtro, fores horti, vt Lucius eum intrare non poſſit, percludere, quamuis id ægre patiatur, non tamen agere poteſt, quia *iure poſſeſſionis ſuæ* id egit locator. Quid ſi ædes locatas ingrediatur locator, et repagulis ſeriſque cœnaculis quibuſdam appoſitis coegerit conductorem, vt diſcederet? Sibi proprie ius non dicit, ſed poſſeſſio, (quam adhuc habet, ſibique tamdiu conſeruat, quamdiu conductor non reſiſtit) hanc facultatem ipſi concedit; qui autem *iure ſuæ poſſeſſionis* contra moroſum conductorem vtitur, nemini facit iniuriam. Sicuti itaque hoc caſu locator non incidit in pœnam ius ſibi dicentium, ita aliud dicendum videtur, ſi reſiſtentem conductorem *per vim* expellit, id quod leges improbant, adeoque ſine dubio penſionibus a conductore adhuc debitis priuandus eſt.

§. XVIII. Sed tranſeo ad facultatem, a *teſtatore* legatariis conceſſam, legata propria auctoritate occupandi; quamuis enim legatariis et fideicommiſſariis id ipſum alias interdictum ſit, et legata ab aliis ſint præſtanda, non occupanda; datum tamen eſt teſtatori, vt *ius ingrediendi* propria auctoritate exercere poſſit. Hoc etiam factum cenſetur, quando teſtator legatarium *exſecutorem teſtamenti* conſtituit, qui cum poſſit aliis legata ſoluere, cur non etiam ſibi eadem præſtaret? Denique eundem effectum habet clauſula *conſtituti poſſeſſorii* legato adiecta, quæ efficit, vt legatarius viuente teſtatore rem legatam poſſediſſe videatur. STRVV. *de vind. priu. c. XV. aph. 2.* STRYK *de caut. teſtam.* MENOCH. *remed. 5. recup. poſſ. n. 50.* COLER. *de proc. execut. lib. 2. c. 2. n. 26.* Ceterum hæc conceſſio a teſtatore indulta effectum quidem ſuum ſortiri poteſt, poſſeſſione adhuc vacua, non vero, ea iam ab herede apprehenſa, a quo non *manu* ſed per

2) *Ex teſtatoris conceſſione.*

iu-

Digitized by Google

iudicem res repetenda, ne ſibi ius dixiſſe videatur. Quid tamen ſi id ſibi dixerit, an incidit in pœnam *l. 5. C. de legatis?* Id non putarem cum STRVVIO, quia probabilem pro ſe habet cauſſam, quæ eum excuſat.

3) *Ex conuentione debitoris.*

§. XIX. Denique veniendum ad manus iniectionem per *conuentionem* permiſſam, quæ in *pacto de ingrediendo* propria auctoritate bona debitoris occurrit. *l. 3. C. de pignor.* STRVV. *cit. l. c. 14. aph. 2. ſqq.* COLER. *de proceſ. execut. l. 1. c. 5. n. 17. ſqq.* Pactum tale valere euincunt (I) ex *l. pen. C. de pign. act.* vbi dicitur: *nec creditor citra conuentionem vel præſidialem iuſſionem debiti cauſſa res debitoris arbitrio ſuo auferre poteſt,* vnde colligunt manus iniectionem debiti cauſſa in res debitoris permitti tum ex *conuentione* tum ex *immiſſione prætoria*: (II) ex *l. 56. D. de contract. emt. vend.* et *l. 1. C. ſi mancip. ita venier. ne proſt.* vbi itidem pactum *manus iniectionis* approbatum videtur: (III) ex *l. 1. et 2. D. ſi ſeru. export. ven.* quæ demonſtrant, iure ſuo vti, qui ex pacto *manus iniectione* vſus eſt: (IV) ex hac ratione naturali, quod vim facere non videatur, qui ex *voluntate præcedente* debitoris ſibi ius dicit, cum pacta dent legem contractui, nec ex eo turbarum aut armorum occaſio metuenda ſit, quod mutuo conſenſu contrahentium factum eſt. (V) Denique idem pactum probatum videtur in *l. 3. C. de pignor. Creditores, qui non reddita ſibi pecunia conuentionis legem, ingreſſi poſſeſſionem, exercent, vim quidem facere non videntur*, adeoque contra eos locum non habet pœna ius ſibi ſine iudice dicentis, immo nec remedium *vnde vi: attamen auctoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci debent*, ſeu conſultius agunt creditores tutiusque, ſi *auctore iudice* poſſeſſionem adipiſcantur, quia ſi debitor reſiſteret, grauiora inde mala metuenda forent. Quodſi ergo citra periculum

Digitized by Google

culum armorum ingredi poteſt poſſeſſionem creditor, iure ſuo vſus eſt, nec debitor de vi facta conqueri poteſt: reſiſtente autem debitore per iudicem adipiſci debet poſſeſſionem, remotis omnibus ambagibus, quippe qui virtute huius pacti exſecutiue procedit.

Pœna ſibi ius dicentis.

§. XX. Pœna ſibi ius ſine iudice dicentis eſt *priuatio iuris*, cuius intuitu rem alterius ſine iudice occupauit, vel ſi nullum ius habuit, *æſtimationis* rei ablatæ, et ſimul reſtitutæ *præſtatio*. Vnde α) ſi *debiti cauſſa* creditor res debitoris inuadit, *ius crediti non habebit*, vt dicitur in *l. 13. D. quod met. cauſ.* ideoque non tantum rem, quam temere occupauit, per interdictum reddere compellitur, ſed etiam præterea agens de credito exceptione, quod ſibi ius dixerit, repellitur. β) Si rem, ſibi furto ablatam, et forte fortuna penes Titium deprehenſam, vi abſtulerit, *rei ſuæ dominio cadit*, vt dicitur in §. *1. I. de vi bon. rapt.* Cui vero acquiritur, vtrum fiſco, an ei, cui per vim ablata? Fiſco fauet HOTTOMANNVS *ad cit.* §. *5.* argumento ducto a voce *cadere*, h. e. *caducam fieri*, quod tamen admodum lubricum eſt, cum *dominio cadere* dicatur in genere, qui dominio priuatur. Euidentius pœnæ huius effectus traditur in *l. 7. C. vnde vi*, vbi duo ſibi ius dicenti imperantur, tum vt *poſſeſſionem*, quam abſtulit, reſtituat, tum *vt dominium eius rei amittat.* Illud præcedit, hoc ſequitur. Etenim poſt reſtitutionem rei, ſi vindicat rem ſuam, *exceptione* repellitur, nec eo nomine, vt agat, neceſſe eſt. Interim *ſententia iudicis* omnino deſideratur, ne inauditus condemnetur; quamuis hæc magis *declaratoria* quam *priuatoria* eſſe videatur, cum ex legis diſpoſitione, et ſic ipſo iure cadat iure ſuo, ſecus ac ſtatuit MENOCH. *rem. V. recup. poſſ. n. 66.* Quæ cum ita ſint palam eſt, ſibi

ſibi ius dicentem, qui remedio recuperandæ poſſeſſionis conuenitur, non audiri, ſi vel maxime *dominii* exceptionem *in continenti* probare velit, quæ probatio hoc caſu ſine omni foret effectu, cum nihilominus dominium amiſſum ſit. γ) Denique ſi rem mobilem vel immobilem occupauit, quam ſuam eſſe putauit, eam non tantum reddere ſed præterea etiam ſolidam rei æſtimationem compellitur per *cit.* §. *1. I. d. vi bon. rapt. l. 7. C. vnde vi.* Hunc in finem vulgo concedunt *condictionem ex lege*, quod noua lege hæc obligatio introducta, nec in ea cautum, quo genere actionis experiamur. MENOCH. *remed. IX. recup. poſſ. n. 310. ſqq.* Quæ ſententia mihi vel inde minus accurata videtur, quod in hac ſpecie obligatio non immediate *ex lege* fluat, ſed *ex delicto*, quod reus ſibi ius ſine iudice dixerit, adeoque heredes ad ſolidam rei æſtimationem conueniri non poſſint (eſt enim omnis obligatio ex delicto perſonaliſſima; *l. 5. D. de calumn.*) qui ſine dubio conueniri potuiſſent, ſi *condictio ex lege* inſtituenda eſſet. Ceterum non dubium eſt, quin hodie, per modum cumulationis, ſimul agi queat et ad rei reſtitutionem et ad ſolidam eius æſtimationem. Ipſam *æſtimationem* rei quod concernit, ex merito actoris arbitrio eſt committenda, ſalua tamen moderatione iudicis, quæ ſi per iuramentum in litem confirmata fuerit, reus ad eius præſtationem condemnandus eſt. Diuerſo iure vtuntur Saxones, qui in *vi expulſiua* ſpoliatorem ad iuramentum admittunt, quod vocant *minorationis*, vt vel æſtimationem ab actore factam præſtet, vel ſuo iureiurando minorationis diminuat; quanquam de hoc caſu *ſpecialiter* apud eos nulla moueri ſoleat controuerſia, cum vnanimiter doceant, pœnam ius ſibi dicentis ſine iudice nunquam in Saxonia fuiſſe receptam, cuius contrarium tamen cap. ſeq. demonſtrabo.

§. XXI.

Digitized by Google

§. XXI. Plures vero exceptiones ſuggerunt traduntque interpretes, quas longa ſerie colligere licet ex traditis MENOCHII *remed. IX. recup. poſſ.* quæ docent in multis caſibus hanc pœnam applicari non poſſe. Cum vero pleræque ex fundamentis, antea iactis, facile æſtimari et diiudicari poſſint, nolo me his ſpecifice enarrandis immittere, ne limites præſcriptos transgrediar, ſed ſtatim ad huius doctrinæ vſum hodiernum progredior. *Remiſſiue de exceptionibus.*

CAPVT II.

DE

POENA IVS SIBI DICENTIS HODIERNA.

ARGVMENTVM.

§. *I. Verior de vſu iuris Rom. in foris noſtris ſententia. II. De vſu pœnæ priuationis negantium opinio. III. Affirmantium opinio. IV. Auctoris ſententia affirmatiua. V. Jus Canonicum hanc pœnam approbat. Explicatur c. 1. X. de dolo et contum. VI. In violenta beneficiorum occupatione et in ſpolio priuationis pœna decreta. VII. Conſenſus iuris Rom. et Germanici in hac pœna. Vſus reſponſo illuſtratur. VIII. Leges imperii eandem pœnam confirmant. IX. Eadem iuri feudali probatur. Reſponſum eam in rem. X. Conſtitutiones Brandenburgicæ de hac pœna. XI. Reſponſum de eius vſu in terris Brandenburgicis. XII. Conſtitutiones Pruſſicæ, Saxonicæ, Bauaricæ, Dithmarſienſes de hac pœna. XIII. Concluſio.*

§. I.

Sententiam iuris Romani de *pœna ius ſine iudice ſibi dicentis* ex eiuſdem penetralibus pro inſtituti ratione erui. Cui vero vſui? forſan quiſpiam obiecerit; quid iuuat tantam impendere diligentiam circa otioſas quæſtiones, nullum vſum in *De vſu huius doctrinæ generatim.*

 foris

foris habentes? Facile vero quilibet animaduertet, me hunc laborem ſuſcepiſſe, vt inquirerem, an vſum hæc doctrina haberet practicum, et in quantum ſeſe hic extenderet? Neque enim inutilis et otioſa dici poteſt meditatio, quæ propter *vſum* potiſſimum ſuſcipitur; in hunc autem nemo penetrare eumque recte eruere poteſt, niſi antea rem ipſam recte perſpectam cognitamque habeat, de cuius applicatione quæritur. Neque rurſus illorum, qui de vſu fruſtra dubitari credunt, et ius Romanum in quibuſcunque ſcitis applicari poſſe, ſibi perſuadent, auctoritate deterreor aut moueor, cum *poſtulatum*, quod aſſumunt, gratis aſſumant, non probent, nec per rationes ſolidas nec per experientiam; immo vero *ſtatus rei Germanicæ* et huic iuncta experientia in contrarium docet, plura iuris Romani capita nec hodie recepta eſſe, nec recipi potuiſſe, vt vel doctrina de pactis nudis et ſtipulationibus docet.

Sententiæ eorum, qui vſum huius doctrinæ negant.

§. II. Si vſus huius doctrinæ ex opinionibus teſtimoniisque interpretum æſtimandus foret, quid ſupereſſet, niſi vt iudicium de vſu ſuſpenderemus, quia in vtramque partem cateruatim cohortes produci poſſunt ſine vlla ſpe victoriæ certæ? Sunt infiniti, qui pro vſu militant; ſunt etiam, qui eum impugnant, deſtruunt, proſternunt. Horum caſtra ſequuntur magni inter ICtos heroes, quos primo loco in aciem producam. GEORGIVS EVERHARDVS *Vol. 2. conſ. 7. n. 8.* ſimpliciter ait, *in ſpoliis, ſimpliciter, ſiue aliquo modo violentis, non obtinere amplius pœnam legis*, ſi quis in tantam, *iam pridem diuturnus vſus et obſeruantia declarauit, ita vt ad aliam declarationem non ſit confugiendum.* Pariter VOETIVS *ad D. tit. quod met. cauſ.* §. 17, *moribus noſtris*, ait, *ille iuris rigor mitigatus eſt, quod auctoritate priuata occupans debitoris bona, et debitum iniecto terrore* extor-

Digitized by Google

extorquens, atque ita ius ſibi dicens, ius crediti non amittit. Præiuit eum PEREZ in *C. tit. vnde vi n. 31.* dicens: *hodie generaliter ceſſare videtur actio ex d. l. 7. C. vnde vi ad pœnam ibi præſcriptam, ſed is, qui vim facit, damnatur in id, quod intereſt aduerſarii, et extra ordinem punitur pro delicti vel facti qualitate.* Secutus eſt tum COVARRVVIAM *lib. 3. var. reſol. n. 7.* intrepide aſſerentem, *totius orbis Chriſtiani vſu atque praxi antiquatam eſſe hanc pœnam;* tum FRANCISCVM SARMIENT. *lib. II. ſelect. interp. c. 13. n. 17.* teſtantem, *ſe pœnam huius legis nunquam vidiſſe practicari,* quod etiam de regno Galliæ atteſtatur CHRISTINAEVS *Vol. 2. dec. 184. n. 4.* Præterea GRONEWEGEN *ad l. 13. D. quod met. cauſ.* generaliter tradit: *hodie ius crediti non amitti;* rationem autem pro more nullam addit. Plenius de *non vſu* huius pœnæ philoſophatur ad *§. 1. I. de vi bonor. rapt.* pluresque præterea teſtes in ſcenam producit. Nec horum partes deſerit STRVV, *ex. 45. th. 114.* maxime GREGOR. BICCII auctoritate motus, qui *rer. quotid. ſect. 4. th. 185. lit. m.* præiudiciis hanc ſententiam illuſtrat roboratque, ſimulque ad Roſtochienſes, Marpurgenſes, et Argentoratenſes prouocat. Pariter ad eam prouocat Andreas CLVDIVS *rerum quotid. n. 66.* et anno *1616.* in Facultate Helmſtadienſi pronunciatum eſſe teſtatur, conſtitutionem *ſi quis in tantam,* vſu non ſeruari. In eandem inclinat ſententiam FINCKELTHAVS *obſ. 124.* et non tantum in Saxonia, ſed etiam extra eam non vſum huius pœnæ agnoſci tradit. Quin parum abeſt, quo minus etiam in horum ſententiam abeat HARPRECHT *vol. nou. conſ. 48. n. 222.* non pro ratione *dubitandi,* ſed *decidendi* ſequentia afferendo: So iſt doch hingegen dieſes niemanden unbekant, mit was Animoſitæt nicht einzele und priuati, iidemque celeberrimi ICti, die

wiedrige Meinung ſouteniren und verfechten, ja auch ganze und fürnehme Collegia auf Vniuerſitæten dieſelbe pro penitus abrogata halten, ſondern dieſes komt hiebey in fürnehmliches Bedenken, daß auch der vieljährige und in des höchſtpreißlichen Kayſerl. Reichs-Hof-Raths Proceß und Rechts-Händeln höchſt verſirte Reichs-Hof-Rath Herr von Andler dieſe Frage: ob nach der Verordnung dictæ l. 7. an den höchſten Reichs-Gerichten hodienum geſprochen werde? in ziemlichen Zweifel ſetzet, wenn er in ſeiner iuriſprud. publ. et priu. *lib. 2. tit. 2. in f.* dieſe dubia verba brauchet: *is, qui alterius prædium occupat, priuatur dominio rei l. 6. et l. 7. C. vnde vi, in qua non tantum inuaſor rem reſtituere cogitur, ſed et ſi dominus fuerit, dominium amittit; quamuis aliqui hanc legem abolitam eſſe tradant.* Noch gröſſeren Zweifel aber hat der Herr Referens in cauſſa der Herren Grafen v. C. W. wider das Cloſter Br. in erſt neuerlich an der Cammer erſtatteten relation der Urſachen erwecket, *quod dicta l. 6. C. vnde vi. modernis moribus nullum amplius vſum habeat poſitiui et his conceptiſſimis formalibus adſtruit: tertia et quarta exceptiones litis quaſi ingreſſum impedientes ſunt:* man hätte dieſen Proceß wider ſie Herren Beklagte nicht erkennen ſollen, erſtlich weiln das Cloſter propter commiſſum in anno 1628. ſpolium vi legis *ſi quis in tantam.* C. vnde vi alle ſeine an denen dreyen Dörfern quæſtionis gehabte Rechte verlohren: Secundo das vermöge Reichs-Abſchiedes de anno 1555. §. dieweil aber, item §. wir befehlen und gebieten, etc. wegen ſolcher veränderten geiſtlichen Güter die Jnhaber ins künftige mit keiner citation, mandat, oder Proceß beſchweret werden ſollen. *Sed parum euincunt. Nam 1) conſtat pœnam legis* ſi quis in tantam. *C. vnde vi. hodie in deſuetudinem abiiſſe, hoc in locum eius ſurrogato, quod ſpo-*

liatus

liatus ante omnia reſtitui debeat, nec prius reſpondere teneatur per vulgata. Ita quidem ille in recentiſſimis votis Cameralibus a HENRICO GVNTHERO THVLEMARIO editis *P. I. relat. 25. n. 4. ſqq. q. 910. Add. ibid. relat. 26. n. 40.* Plures in aciem deducere non vacat, quos conſignant HARPRECHT *cit. l. n. 2.* BARDILI *ad l. 7. C. vnde vi th. 2. ſqq.* STRVV. *cit. loc.*

§. III. Contra hos alii, etiam magni nominis ICti, aciem inſtruunt, et validioribus copiis inſtructi, magno animi conatu vſum huius cauſſæ vindicant, aſſerunt, propugnant. Inſtar omnium ſit prælaudatus BARDILI, qui ad *cit. l. 7. th. 4. ſqq.* variis argumentis vſum huius pœnæ hodiernum adſtruit, de quibus poſtea agendum. Grauiter vero contra diſſentientes ediſſerit L. B. de LYNKER *de grauam. extraiud. c. 9. P. 2. §. 44.* increpando eos, quod ſtatim non vſum legis crepent, *quando aliquandiu lege quadam vel imperitia partium vel aduocatorum aut iudicis nemo vſus eſt; vel ea quid ex veteri iudiciorum forma ſeu ſtatu præfert, aut paullo rigidior eſt, quam vt ea duritie opus eſſe cenſeatur.* His præmiſſis, hanc ſubiungit ἐπίκρισιν. *Verum vti iuris antiqui ſepulcris haud vnquam libenter inſidemus, niſi quoad inde recreatis ad recentiorem fori quoque litteraturam liceret reſurgere: ita iuriſprudentiæ illam detractionem iuuenibus præcipue extorquere ſolemus, cum eadem ſemel afflata ingenia veluti peſtilenti quodam ſidere perculſa ad frugem poſtea peruenire haud vnquam poſſint.* Sed prolixior eſt in hac exprobratione, vt cetera huc transferre haud expedire videatur. Hac enim finita, tranſit ad praxin dictæ *l. 7.* eamque vindicat prouocando ad *protribunalia* a ſe edita. *Adde illis,* pergit, *præiudicium apud* GYLMANNVM *in Symphorem. p. 35. vbi Ser. Elect. Brandeburg. in anno* 1581. *iuxta d. l. quem caſtro ſpoliauerat, condemnatus eſt: eoque recentius aliud (vtut magis in ſpeciali l. 5.*

Sententiæ eorum qui vſum adſtruunt.

C. de

C. de legat. fundatum) in *c.* Hohenl. Mauenſteine *contra* Hohenl. Waldenburg *mandati de edend. inuent. in qua cum legatarius propria auctoritate contra voluntatem heredis, rem legatam ſibi ſumſiſſet, Camera Spir. vna citationem ad videndum ſe incidiſſe in pœnam priuat. legat. decreuit.* Conf. EVNDEM *in anal. ad Digeſt. p.* 417. *in f.* Simili fiducia vſum huius pœnæ adſtruit BRVNNEMANNVS ad *l.* 13. *D. quod metus cauſſa n.* 4. et, *quæritur*, ait, *an hæc conſtitutio Marci per deſuetudinem ſublata? Id audacter pronunciant nonnulli, vt* COVARRVV. *lib.* 3. *reſ.* 16. *n.* 7. FARINAC. *q.* 175. *P. I. n.* 145. GROENEWEG. *ad h. l. Sed quod hic vel ille hanc legem non allegatam nec in ferenda ſententia obſeruatam viderit, ex hoc nulla deſuetudo probari poteſt. Scio ipſe caſum, vbi aliquis heres legitimus domum ac bona defuncti occupauerat, et poſtea dicebat, ſe non vt heredem, ſed vt creditorem occupaſſe, in qua ſententia inter H. M. S. M. et A. M. ſententia ex hac lege concepta fuit a Dn. ICtis Ienenſibus, et ita apud nos pronunciatum d.* 19. *Oct. anno* 1647. *Leges præſumuntur vigere, niſi de conſuetudine contraria manifeſta appareat. Et præſertim tales leges hodie neceſſariæ, vbi plerique iugum obedientiæ excutere velle videntur. Non ergo admittimus, quod Petrus Greue ex.* 5. *n.* 20. *hanc legem a tota Geldria, Gallia et communi totius Chriſtiani orbis vſu exulare dicit; quomodo enim id probare poterit? quo fine tot ICti eos textus tam diligenter tractant?* Poſt pauca addit: *Sed quid in foro conſcientiæ? Non dubito, tuto vim paſſum retinere poſſe, immo exigere pecuniam ſibi violenter extortam licet debitam. Nam iuſtus eſt titulus ex lege, quæ creditorem in pœnam violentiæ iure ſuo priuare, et me iniuriam paſſum liberare voluit, modo verus ſit dolus et contemtus magiſtratus.* Conf. EVNDEM *ad l.* 7. *C. vnde vi n.* 10. *ſqq.* Socero adiungo generum, B. STRYKIVM *in vſu modern. ad tit. quod metus cauſſa* §. 9. qui, poſtquam §. *anteced.* demonſtrauerat, nec vſum huius *legis*

Digitized by Google

legis 13. *quod metus cauſſa* pugnare cum iure Sax. prouinciali, quin potuis eundem in LL. Wiſigothorum agnitum, hæc ſubiungit: *Poſtquam ius ciuile in Germaniæ fora traductum, non credendum eſt, plus priuatæ auctoritati indultum fuiſſe in Germania et ſaluberrimis illis LL. repudium eſſe miſſum, quod tamen non pauci aſſerunt: Vnde pro obſeruantia talium LL. reipubl. tranquillitati quam maxime inſeruientium omnino pronunciandum.* Illuſtrat ſubinde vſum huius legis ex conſtitutionibus imperii, praxique Camerali, et tandem oſtendit Cameram regiam et electoralem Brandenburgicam a praxi eius non recedere, quam infra etiam vlterius confirmabo. Pari feruore pro obſeruantia conſtitutionis D. Marci pugnat MEVIVS *P.* 1. *deciſ.* 95. *et n.* 2. *ſeq.* rationes ita ſubducit: *Verum quando nec reperitur textus iuris Canonici, qui eam ſanctionem tollit, nec, etſi talis eſſet, certum foret, quod iſti hac in re potius quam iuri ciuili ſtandum eſſet, præſtat inſiſtere perſpicue conſtitutis, maxime cum in pœnalibus ius ciuile ſequi ſoleamus. Si moribus id correctum dicitur, probanda eſt prius conſuetudo iuris correctoria, quæ facti eſt, ideo non præſumitur. Vbi non conſtat de correctione vel abrogatione per ſtatutum vel conſuetudinem, ſequi oportet legem, donec iſtius probatio fit.* His ſuppoſitis aliis variis locis ſecundum hanc Marci legem iudicatum fuiſſe memorat *vt P. IV. deciſ.* 217. 218. 219. 220. *P. V. deciſ.* 156. 351 *etc.* Plenius vſum huius conſtitutionis euincit SCHILTERVS *in praxi iur. Rom. ex. II.* §. 13. *ſqq.* contenditque, eum nec iuri *Saxonico* nec *Canonico* aduerſari, ſed potius legibus antiquis conuenire, id quod poſtea ſub incudem reuocabo. Pariter LAVTERBACH *ad tit. de vi et vi arm.* §. 20. *et diſſert. de priuat. delict. th.* 37. obſeruantiam huius pœnæ propugnat, legibus imperii in teſtimonium vocatis. Eandem etiam egregie adſtruit Dn. de BERGER *in elect. diſcept. for. p.* 152.

152. variis adductis praeiudiciis, ſimulque in *tr. de vſu action. pœnal. p.* 95. praxin huius pœnæ inculcat. His denique plures alii addunt calculum, quorum verba referre non iuuat, cum ſufficiat, lectorem ad eos ablegaſſe, quorum in numero ſunt ICti Altorffini *tom. II. reſponſ. p.* 224. et Vitebergenſes apud BERGERVM *tom. I. conſil. p.* 516. ESBACH. *ad Carpz. P.* 4. *C.* 55. *def.* 11. *et P. I. C.* 6. *def.* 8. *n.* 2. PHILIPP. *in vſ. pract. Inſtit. ad tit. de vi bonor. rapt. ecl.* 12. *n.* 13. Illi Dn. de COCCEII *in iur. contr. ad tit. quod legat. qu.* 1. BLVM. *in ſupplic. cam. tit.* 18. *n.* 31. BALTHASAR *in pract. reſol. P. IV. tit.* 20. *reſol.* 1. PRVKMANNVS *vol. II. conſ.* 6. *n.* 38.

Probatur, affirmatiua ſententia.

1) Quod non abhorreat a recta ratione.

§. IV. Non adeo ambigua ſuſcipienda deliberatio videtur, in quorum caſtra tranſeundum ſit, cum argumenta iamiam afferenda euincent, vſum conſtitutionis D. MARCI vindicantes in hoc conflictu ſuperiores futuros eſſe. Etenim I) non abhorret a recta ratione, ſed potius ſtatui reipublicæ, vnde iura deſumenda ſunt, admodum conuenit, prout *capite I. §. 3. ſqq.* iam obſeruaui. Qui ſibi ipſi ſine iudice ius dicit, cum copiam eius habere poſſet, grauiter peccat in rempublicam, auctoritatem magiſtratus lædit, iugum legum excutit, et rem ad ſtatum naturalem, vnde tamen ad ciuilem itum eſt felicitatis communis ergo, reducit, pro tanto facinore merito plectendus. Et cum legis ſit, pœnam determinare, priuatio iuris nec nimis rigoroſa nec iniqua dicenda eſt. Nemo magis iure ſuo abutitur, quam qui in iure, quod ad ſe pertinere cenſet, ſemetipſum iudicem conſtituit, ſibi ſententiam dici temerario more, eamque vi exſequitur. Meretur autem iure ſuo priuari, qui eo grauiter abuſus eſt. Hoc recta ratio inculcat, ſuadet, vrget; hoc leges quarumcunque rerumpublicarum probant. Non ergo

Digitized by Google

ergo culpandus eſt D. MARCVS imperator prudentiſſimus et philoſophus egregius, quod pœnam priuationis in eos, qui ſibi ius dixerint, conſtituerit, quam ipſemet ex optima et rationabili cauſſa produxit. Qui diſſentiunt, vnice *rigorem pœnæ* crepant, allegant, afferunt; ſed facinoris grauitatem non ponderant, quod abſque grauiori pœna in republica tolli non potuit. Sunt homines proni ad vindictam priuatam: iudices eſſe amant in cauſſis propriis, et ad ea facile feruntur, quæ in ſtatu naturali permiſſa quidem, ſed a ciuili prorſus abhorrent. Id vero in republica aliter quam per rigorem pœnæ aboliri nequit, adeoque nec hic reprobandus. Deinde ſunt plures aliæ pœnæ, plus rigoris habentes, quæ tamen propterea non ſtatim a praxi excludendæ et reiiciendæ. In applicatione non iudicamus de legibus ſed ſecundum leges, maxime ſi nihil in ſe contineant, quod rectæ rationi repugnet. Nec credendum eſt, plus hodie in noſtris rebuspublicis ſingulis, quam olim ciuibus Romanis permiſſum eſſe, præſertim cum omnes diffidationes, quæ olim Germaniam noſtram infeſtabant, per Dei gratiam ſublatæ et tandem *pax publica* reddita atque reſtituta fuerit. Ius, quod *manu* redditur, magis belluinum quam humanum eſt, vt optime obſeruat CICERO *l. I. de offic.* docens, *duo eſſe genera decertandi: vnum per diſceptationem, alterum per vim; illud proprium eſſe hominum, hoc belluarum.* Nihilominus tamen maiores noſtri in eam prolapſi erant inſaniam, vt non *per iudicem* ſed *per vim* ſibi ius dicendum crederent, quam peſtem Reipublicæ tot leges et conſtitutiones de *pace publica* vix abolere potuere. Et tamen huius peſtis pœnam, quam D. MARCVS ſapienter introduxit, deprecantur diſſentientes, nimio eiuſdem *rigore* offenſi, qui tamen imaginarius cerebrinusque eſt.

2) Nec ius canonicum reclamat.

§. V. Praeterea II) nec per *ius canonicum*, quod in multis articulis ius ciuile correxit, hæc pœna reprobata, quamuis alias plura in doctrina *ſpolii* innouauerit, immo et corruperit. Præſidium fere omne collocant in *c. 1. X. de dolo et contum.* diſſentientes, inter quos primatum gerit ZOANNETTVS *in differ. iur. ciu. et canon. n. 163.* quamuis alii, qui ſecundum ius canonicum rigorem *l. 7. C. vnde vi*, non agnoſcunt, hoc reſtringendum eſſe cenſeant ad *eccleſiam, pias cauſſas* et *perſonas eccleſiaſticas*, ne per indirectum eccleſia detrimentum accipiat, ſi pœna *priuationis* erga prælatum exercenda foret. BARBOSA *in collect. ad cit. c. 1. n. 4.* Inter priuilegia piarum cauſſarum TIRAQVELLVS *de priuil. piar. cauſ. priu. 144.* et hoc caput referendum eſſe cenſuit: *eccleſia violenter inuadens poſſeſſionem rei ſuæ non incidit in conſtitutionem l. ſi quis in tantam. C. vnde vi*, idque a *gloſſa ad cit. c. 1. verb. rigor.* obſeruatum eſſe refert. Sicuti vero gloſſæ nullam tribuimus auctoritatem in decidendo, ita ipſe textus de hac pœna prorſus non diſponit. Quomodo ergo vſum eius tollere potuit vel *in genere* vel *in ſpecie* in cauſſis eccleſiaſticis et piis? Ita enim ALEXANDER III. *Ad hac cum contingat, actorem multoties mittendum eſſe in poſſeſſionem cauſſa rei ſeruandæ, propter abſentiam partis aduerſæ, et per eius dolum ſiue potentiam non poſſit rem cuſtodiendam nanciſci, ac imminenti fine anni reus, (ne poſſeſſionem amittat) debitam offerat cautionem, cuiuſmodi ſit pœna multandus, quia iuſſioni non paruit iudicis, a nobis tua fraternitas requiſiuit?* De iure ciuili, qui dolo malo faciebat, quo minus miſſus rei ſeruandæ cauſſa poſſeſſionem conſequebatur, conueniri poterat actione ad intereſſe, per quam conſequebatur, quanti eius interfuit, in poſſeſſione fuiſſe admiſſum, *t. t. D. ne vis fiat ei qui in poſſ.* quod ſine dubio ex ipſa principali cauſſa, ob

Non obſtante c. 1. X. de dolo et contum.

Quod reſoluitur.

ob quam miſſio decreta erat, æſtimari debebat. Quin etiam *manu militari* prætor interdictum ſuum exſecutioni dare poterat. Ab hoc rigore tamen abſtinendum eſſe cenſuit pontifex: *ad quod dicimus, quod in eccleſiaſticis perſonis et negotiis* RIGOR ET DISTRICTIO IVRIS *non requiritur: ſed cum iuſtitia propter hoc non periclitetur, patienter admitti debet, cum reus per cautionem ſtandi in iudicio ſe adſtringit.* Decepit ſine dubio gloſſator ineptus interpretes, vt crederent, per *rigorem et diſtrictionem iuris* intelligendam eſſe conſtitutionem, contra eos, qui ſibi ſine iudice ius dicunt, latam, a quo caſu tamen textus deciſio aliena eſt. De *contumacia,* in non admittendo miſſum commiſſa, eiusque pœna quæſtio erat, non de pœna eius, qui ſibi ſine iudice ius dicit. Interim facile largior, prælatum, per vim in re eccleſiæ ius ſibi dicentem, ſine competente iudice, non præiudicare eccleſiæ, non quidem ex deciſione ALEXANDRI III. ſed ex *ratione generali iuris canonici,* quod prælatus facto ſuo iniquo eccleſiæ ius minuere aut deteriorare non poſſit. Conf. MENOCH. *remed. IX. recup. poſſeſſ. n. 118.* BARBOSA *ad c. vlt. C. 16. q. 6.* Interim infeſtus et pugnax prælatus aliter puniendus. Reprobauit *ius manuarium* in prælatis admodum GREGORIVS I. cuius verba retulit GRATIANVS in *c. 1. C. 16. q. 6.* docetque quosdam fuiſſe, *qui quod pauperibus competere exiſtimant, non iudicio, ſed manibus defendunt; et cum per prædicatores ſuos veritas dicat: nihil per contentionem etc. etiam ipſum litigioſæ contentionis malum tranſcenditur; et res qualibet, cum æſtimatur eccleſiæ poſſe competere, per vim tenetur.* Qua de cauſſa per *Anathema* prælatos huius farinæ coercendos eſſe credidit, quod *mortis ſpiritualis* pœna eſt. Quid quod præterea merito eum iure ſuo cadere recte forſan dixeris, quatenus hæc pœna vnice violentum inuaſorem

Cit. cap. de contumacia non de hoc caſu agere.

Ius canonicum ius manuarium admodum reprobat,

et priuationem iuris etiam decernit Prælatis:

ſorem tangit, non etiam in eccleſiam redundat. Nec aliter cenſuere *patres Africani anno 418. c. 21.* apud HARDVINVM *tom. I. concil. p. 1220.* et GRATIANVM in *c. 2. C. 16. qu. 6.* (nam *Mileuitano concilio* hunc canonem non eſſe tribuendum, iam dudum obſeruauit SCHELSTRATE *in eccleſ. Afric. p. 247.* vtut inter *Africanos* referri debeat.) E re erit, ipſum canonem adſcribere: *item placuit, vt quicunque epiſcopi quaſcunque eccleſias vel plebes, quas ad ſuam cathedram æſtimant pertinere, non ita repetierint, vt cauſſas ſuas, epiſcopis iudicantibus, agant: ſed, alia retinente, irruerint, ſiue volentibus ſiue nolentibus plebibus,* CAVSSAE SVAE DETRIMENTVM PATIANTVR. *Et quicunque hoc iam fecerint, ſi nondum eſt inter epiſcopos finita contentio, ſed adhuc inde contendunt: ille inde diſcedat, quem conſtiterit, prætermiſſis iudiciis eccleſiaſticis, irruiſſe.* etc. Palam eſt, Africanos etiam contra prælatos, de facto, ſine iudice, procedentes, rigore iuris ciuilis vſos fuiſſe, nec adeo inique. Qui formam viuendi ſuo exemplo proprio aliis tradere debent, nulla venia digni ſunt, ſi vim faciunt, iudicis ſpreta auctoritate.

Iis, qui beneficia per vim occupant, eandem pœnam minatur.

§. VI. Multo magis vero hæc pœna ad eos trahenda erit, qui beneficia eccleſiaſtica violenter occupant, quæ poſſideri non poſſunt abſque legitimo *titulo* et *inſtitutione* præuia. Aliter qui ea ingrediuntur, *intruſi* dicuntur, (vid. LANCELLOTTVS *de attent. P. 1. c. 3. n. 74. ſqq.*) quos *pœna priuationis* rectiſſime tenet, iudice BONIFACIO VIII. in *c. 18. de præb. in 6.* En verba: *Eum, qui beneficium, cui animarum cura imminet, vi occupat, ſeu ſe ſcienter iniuſte intrudit in eo: decernimus ipſo iure fore priuatum beneficio, quod cum cura ſimili primitus obtinebat. Non enim decet, vt ſtultus melioris quam peritus conditionis exſiſtat, vel quod inuaſor, eo, qui iuſte ingreditur, priui-*

legio

legio gaudeat potiori. Addit vero præterea generalem diſpoſitionem: *Inſuper vt violenti, qui auctoritate, (vel verius temeritate) propria occupare dignitates, perſonatus aut alia quæcunque eccleſiaſtica beneficia non verentur, etſi non virtutis amore, pœnæ ſaltim formidine, a ſuæ temeritatis audacia refrenentur; eo ipſo ius, ſi quod in dignitatibus, perſonatibus, et beneficiis occupatis taliter vel ad ea ipſis forſitan competebat, amittant.* Faceſſant igitur, qui ſub vmbra iuris canonici, cui in praxi inſigne tribuunt pondus contra vſum huius pœnæ pugnare conantur, quos ipſum ius canonicum repellit. Quid quod hoc ipſum contra ſpolium committentes adeo late propagauerit odium, vt ſeuerius cum his agendum eſſe cenſeat, ac quidem ius ciuile. Equidem in *c. 1. X. de reſtit. ſpoliat.* GREGORIVS IX. in cauſſa *ſpolii* exceptionem *dominii* non eſſe reiiciendam exiſtimauit, ſi actor ei conſentiat; inde tamen minime deducendum eſt, in commiſſo et probato ſpolio non imminere priuationem dominii. Actor, qui de *ſpolio* conqueritur, et exceptioni rei, qua *dominium* rei ſibi aſſerit, ſcienter ſe immittit, permittitque, vt eius probationem ſuſcipiat, duplici via ſibi nocet: 1) quod reſtitutionem paratiſſimam conſenſu ſuo impediat, 2) quod a pœna priuationis ſe alienum eſſe oſtendat. Inuitus nemo agere cogitur, ſi iniuriam ſibi illatam et vim deuorandi ſtudium gerit. Laudandus omnino non culpandus eſt. Ceterum ſi iure ſuo vti mauult, exceptione *dominii* reiecta, ſpoliatus mox reſtituitur, et poſtea in petitorio conuento parata eſt exceptio *priuationis dominii.* Denique parum diſſentientibus prodeſt forenſis ſententia vulgatiſſima, quod, reſtitutione *ſpolii* facta, ad *petitorium* ſpoliatori via non denegetur. *c. 7. 10. X. de reſtit. ſpol.* Vtique via ei panditur, ſed ſalua *exceptione* rei; huius ab arbitrio

Denique nec contrarium colligi poteſt ex c. 1. X. de reſtit. ſpoliat.

trio pendet, vtrum iure hoc vti, an ſimpliciter petitorio diſceptationem cauſſæ permittere malit.

(3) Nec aduerſatur ius Germanicum antiquum huic pœnæ.

§. VII. Vlterius (III) neque *ius Germanicum antiquum* quid cauet, quod cum vſu *huius pœnæ* conſiſtere non poſſit. Scio in alia omnia iuiſſe quondam BERLICHIVM, CARPZOVIVM, COLERVM, ceteros, quorum veſtigia fideliter premit SIGISMVNDVS FINCKELTHAVS. *obſ. 24.* hac adducta quæſtione: *creditor, non implorato iudicis auxilio, bona debitoris ſui proprio auſu occupans an ius crediti iure Saxonico amittat?* quam per rationes *dubitandi* et *decidendi* examinat. Verum ſcio quoque ſæpe ICtos prælaudatos, quorum meritis ceteroquin nihil derogo, ſæpe in iure patrio h. e. Germanico hoſpites fuiſſe. Frigida ſunt, quæ FINCKELTHAVSIVS in ſcenam producit, pro non-vſu huius pœnæ et pugna eius cum iure Germanico. Ait, ius *prouinc. Sax. lib. 3. art. 43.* diſertis verbis edicere: **Was ſich ein Mann mit unrechter Gewalt unterwindet, das ihn den mit Recht abgenommen wird, er muß es mit Wette und Buſſe ihn wiedergeben.** Recte vero ita cenſuere maiores noſtri, qui tamen ſuppoſuere caſum, ſi quis per iniuriam *rem alterius* occupauerit, obſeruante SCHILTERO *ex. XI. §. 14.* Ea in ſpecie ius Romanum, præter rem, *æſtimationem* rei præſtandam eſſe iuſſit in pœnam violentiæ: ius Germanicum itidem, **Buß und Wette**, vt et *iudici* et *actori*, cui iniuria illata, ſatisfiat. Ita vero ius vtrumque magis conſpirat quam ſibi contradicit. Neque vero *deliria gloſſæ* ius faciunt, aut vim decidendi habent. Audiamus vero gloſſatorem ad *ius Weichbildicum art. 29. n. 10.* **Welcher Mann eines Gutes ſich unterwindet mit unrechter Gewalt, der ſoll es mit Wett und Buß wiedergeben, je wem in ſeine Gewalt, da es vor war. Und ob er wol nach Käyſerl. Recht, hernach nicht**

Nec huc pertinet lib. 3. art. 43. iur. Sax. prou.

multo minus ineptus gloſſator audiendus.

nicht darzu klagen mag, ſo kan er doch nach Sächſiſchen Rechten, wenn er die Buſſe gegeben, wol wieder dazu kommen. Sit ita, hunc textum de eo caſu diſponere, quo quis temerario auſu, ſine iudice, rem *ſuam* inuadit, poſſeſſore expulſo, ſupponit tamen gloſſator conditionem, quæ abeſſe et adeſſe poteſt: Ait, wenn er die Buſſe gegeben, ei haud imminere *pœnam priuationis*; eſt enim Buſſe, *multa, quæ penditur parti læſæ*, qua accepta, *iniuriæ* nomine actori ſatisfactum, qui poſtea ad aliam *pœnam* prouocare amplius nequit. Quid vero ſi huic multæ haud inhiauit, ſpe prædæ pinguioris ſeſe lactans, quis repelleret læſum, *priuationem dominii ſimilisue iuris* ambientem? Supereſſet vero, vt euidentiſſimis probatum darem argumentis, ius *Germanicum* egregie cum iure *Romano* conſpirare, niſi hac in cauſſa mihi iam otium feciſſet præſtantiſſimus SCHILTERVS *in pr. iur. Rom. ex. 11. §. 14. ſqq.* quem etiam ſecutus eſt BERGERVS *in elect. diſcept. for. p. 152.* Eo magis vero ab illuſtratione vlteriori abſtinendum cenſui, quod ante aliquot menſes illuſtris Facultas iuridica Hallenſis veram mentem *iuris Saxonici* ſeu *Germanici* egregio reſponſo, ab illuſtri eius ordinis membro confecto, denudauerit, in quo præterea praxis imperii grauiſſimis aſſerta eſt fundamentis, quod proinde in rem meam vertendum eſſe, iudicaui. Ita vero illuſtris ordo cenſuit:

Quin potius ius Germanicum optime conſpirat cum iure Rom.

quod reſponſo illuſtratur.

Ob es wol das Anſehen gewinnen will, als wenn der l. 7. C. vnde vi, ingleichen andere Römiſche Geſetze von gleichen Inhalt, und ins beſondere der l. 13. D. quod metus cauſſa in der ganzen Chriſtenheit niemals in vſum gekommen, wie die Marpurgiſche und Roſtochiſche Iuriſten bey dem BICCIO

Rationes dubitandi.

in Aureis ſect. 4. p. 588.

bezeugen, und deswegen GROENEWEGEN

de LL. abrogatis ad §. 1. I. de vi bon. rapt.

wie auch CHRISTINAEVS

Vol. III. deciſ. 15. n. 10.

weder in denen Niederlanden noch Franckreich dergleichen Härtigkeit in vſu zu ſeyn fürgeben, hiernechſt die heutigen Sächſiſchen Lehrer faſt meiſtentheils der Meinung ſind, daß ſothane Römiſche Geſetze in ſuo rigore in ihren Landen in der Ubung nicht wären,

CARPZ. *I. F. part. IV. Conſt. 30. def. 11. n. 7.*

BERLICH. *concluſ. 21. part. I. n. 6.*

MENCKE *ad ff. tit. de vi et vi armata p. 1275.*

ſondern nur eine Buſſe und Beſtrafung zulaſſen, welche wol nach Beſchaffenheit der Umſtände auf eine Landes-Verweiſung extendiret werden möchte,

SCHILTER *Exercit. ad ff. XI. n. 16.*

in übrigen aber ſich feſtiglich bereden, daß der Verluſt der Sache, welche eigenmächtig occupiret, oder auch des crediti, ſo mit Gewalt erpreſſet werden wollen, allzuſtrenge, und der proportion des delicti nicht gemäß ſey, welches in gegenwärtigen Fall um ſo viel gewiſſer zu ſeyn ſcheinet, da der Herr Quærente nicht in Abrede ſeyn kan, daß denen K. Erben im Kauf-Briefe bis zu ihrer völligen Befriedigung in dem verkauften Lehen-Guthe eine würckliche hypothec, oder Unterpfand cum conſtituto poſſeſſorio et pacto exſecutiuo verſchrieben, und eine Stube zu des Creditoris Wohnung bis auf Martini deswegen bedungen worden, damit er allda einen freyen Abtritt haben möchte, mithin faſt zu ſchlieſſen ſeyn dürfte, daß, weil die von K. einiger maſſen iuſtam cauſſam für ſich gehabt, ſie wol das ihnen verſezte Guth

cum

cum conſtituto poſſeſſorio eigenmächtig occupiren mögen, oder zum wenigſten deßhalb nicht zu befürchten hätten, daß nach der Strenge der Römiſchen Geſetze mit ihnen verfahren werden ſolte, cum ſi vel leuem habuerit cauſſam poſſeſſionem occupans, ſeueritate dictæ legis non credatur teneri,

MENOCHIVS *Remed. recup. V. n. 48. et ſeq.*

um ſoviel mehr, als es unläugbar iſt, daß der debitor naturaliter zur Zahlung verbunden, und alſo der creditor ſeines Rechtens nicht beraubet werden mag, welche raiſon den Compilatorem Decreti, das iſt Gratianum, vermuthlich bewogen, von ſolcher Härtigkeit abzugehen,

SCHILTER *exercit. ad pand. XI. §. XII.*

Jedennoch aber und dieweil nicht nur allein das Römiſche Recht und die daraus angeführte Geſetze nichts unbilliges in ſich halten, ſondern auch der geſunden Vernunft gemäß iſt, daß wer einer Obrigkeit unterwürfig, dieſe vor ſeinen Richter erkennet, durch deſſen Beyhülfe zu ſeinem Rechte gelange; *Rationes decidendi.*

GROTIVS *de I. B. et P. lib. I. cap. 7. n. 12.*

hingegen unzweiffelhaft, daß eine eigenmächtige occupation unbeweglicher Güter und Expreſſung des ſchuldigen Quanti eine Verachtung des obrigkeitlichen Amtes nach ſich ziehet, woraus allerhand Unordnung, Mord, Verleumdung und andere gefährliche Unruhe entſtehen kan, mithin das crimen, ſo gleich in die Augen fället, welches dahero eine ernſtliche Beſtrafung verdienet, und immittelſt, nach genauer Betrachtung der Sache ſelbſt, die vorgeſchüzte diſproportion der Ubertretung quæſtionis gegen die Strafe eine pure abſtraction iſt, indem dieſelbe nicht, nach den Gedancken der Iuriſten, ſondern nach denen Geſetzen und denen Verboten, auch nach dem Maaß der

 Ver-

Digitized by Google

Verachtung des obrigkeitlichen Amtes und des Geſetzgebers ſelbſten angeſehen werden muß, anbey die geſcheuteſte Rechts-Lehrer ſolche cerebrinam proportionem in Beſtrafung der Miſſethaten aus gegründeten Urſachen verwerfen,

PVFFENDORF. *de I. N. et G. lib. VIII. cap. III. §. 16. ſeq.*

HOCHSTETTER. *de pœn. ſect. IX. §. 3.*

hiernechſt die Marpurgiſche und Roſtockiſche Iuris-conſulti allzu-milde und nicht ohne Ubereilung bejahet, daß ſothane harte Beſtrafung in der ganzen Chriſtenheit nicht in die Ubung gekommen, geſtalt ſo wol in der Reichs-Cammer darauf beſtändig erkant worden,

LAVTERBACH *in Collegio ff. late de vi et vi armata §. XX.*

als auch der Reichs-Abſchied de a. 1521.

§. und ob ſich

auf dergleichen eigenmächtige occupation und wiederrechtliche Erpreſſung die in den Römiſchen Rechten geſezte Strafe theils approbiret, theils auch was in den Deutſchen Gewohnheiten und Rechten bereits obtinirt, bedencklich wiederholet, allermaſſen SCHILTERVS ſehr deutlich gezeiget, daß ſo wol nach dem alten Sachſen- als auch Schwäbiſchen Land-Recht oft bemeldte Beſtrafung und Verluſt der Klage, auch andere Befugniſſe längſtens in rechtlichen Gebrauch geweſen,

SCHILTERVS *exercit. ad ff. XI. §. XIV. ſeq.*

dem auch die Sächſiſche Schöppen- und Rechts-Lehrer in pronunciando ehedeſſen gefolget, welches die von SCHILTERO allegirte præiudicia noch klärer erweiſen; in übrigen aber Colerus, Carpzouius, Berlichius und andere, ſo dieſen beypflichten, durch eine falſche Erklärung des Sächſiſchen Land-Rechtes, und inſon-

Digitized by Google

ſonderheit durch die ungeſchickte Gloſſatores deſſelben, welche die alte Deutſche Worte nicht recht verſtanden, auf Abwege gerathen, wohl erwogen, daß ſie folgende Worte des Land-Rechtes

lib. III. artic. XCIII.

Was ſich der Mann unterwindet mit Unrecht, das ihm mit Recht abgewunnen ward, er muß es mit Buſſe laſſen, auf ſolche Fälle gezogen, wo der unterwindende Mann recht daran gehabt, da doch ermeldter Articul von einem ganz andern caſu redet, nemlich, ſi is alienam rem occupauit, welche freylich der occupans mit Buſſe zurück geben muß,

SCHILTER. *l. all.* §. 14.

in Gegentheil aber ein ganz anderer Text in erwehnten Land-Recht

lib. I. art. 51. n. 2.

wie auch Lehen-Recht *art. LXIX. n. 15. 16.* erſcheinet, welcher den eigenmächtigen Unterwinder derjenigen Stücke, ob er ſchon recht daran hat, nicht nur allein zur reſtitution verdammet, ſondern auch demſelben ſein etwa daran habendes Recht gänzlich benimmet und abſpricht, alſo daß ſich zu verwundern, wie gedachte neue Sächſiſche Lehrer davon abweichen, oder auch ihrer Vorfahren und viel älterer Sächſiſchen Schöppen- und Rechts-Lehrer deciſa, in ſpecie der Leipziger und Wittenberger Urtheile hindan ſetzen können,

SCHILTER. *l. c.* §. 16.

GOEDDEN *conſilio LXVIII.*

mithin noch ſehr zweifelhaft, ob dann die heutige Sächſiſche Lehrer, da ſie die Sache beſſer einſehen, bey ſolcher neuerlicher Lehre, Carpzouii, Coleri, Berlichii zu verbleiben verbunden, be-

 vorab,

vorab, da nicht unbekant, wie der Gratianus die decreta der alten conciliorum verfälſchet,

SCHILTER. *l. c.* §. 13.

ingleichen der Reichs-Hof-Rath von Berger

in Elect. diſcept. forenſium p. 152. ſeq.

den vſum ſolches Straf-Geſetzes mit tüchtigen argumentis vertheidiget, auch die Ienenſes nach dem Zeugniß BRVNNEMANNI

ad l. 13. quod metus cauſſa et leg. 7. C. vnde vi

alſo geſprochen, auch denſelben

MEVIVS *part. I. deciſ. 95.*

STRYKIVS *in vſu ff. moderno* §. *IX. ad tit. quod metus cauſſa.*

BEYERVS *ad eundem tit. ff.*

beytreten, und noch viel andere Doctores auſſer Sachſen die Billigkeit und vſum benanter Geſetze, abſonderlich

LAVTERBACH *in Colleg. l. c.*

wie auch die von ihm in guter Anzahl angeführte Auctores als

HARPPRECHT *ad* §. *1. I. de vi bon. rapt. n. 4.*

FRANZKIVS *ad eund. t. n. 9.*

BARDILI *ad l. 7. C. vnde vi in pecul. diſſert.*

bewähren: worzu noch komt, daß, wann auch ſchon in Meiſſen und den übrigen Sächſiſchen Chur-Ländern die gegenſeitige Meinung approbiret werden ſolte, iedennoch in der Nieder-Lauſitz, allwo des Herrn Quærentens Ritter-Guth gelegen, ein anderes zu hoffen ſeyn dürfte, zumalen da obbelobter von Berger von dem Landgericht in der Nieder-Lauſitz præiudicia in contrarium anführet, und ſich auf der Wittenbergiſchen Iuriſten-Facultæt beyfällige Urtheil berufet,

Elect. diſc. forenſ. p. 183.

Digitized by Google

vt et de vſu action. forenſ. p. 95.

mithin zu ſchlieſſen, daß die ohnedem ungegründete ſententia Carpzouiana und Berlichiana allda keinen Ingreſs finden werde, daferne anders in der Klage ſpecifice auf den Verluſt der K. Action geklaget werden ſolte, welches nothwendig geſchehen muß,

BEYER *ad ff. quod metus cauſſa,*

und obſchon die Gebrüder von K. ihre hypothec und conſtitutum poſſeſſorium vorſchützen dürften, ſo iſt auch dieſe ihre exception nicht ſonderlich zu fürchten, in fernerer Betrachtung, daß dergleichen pactum exſecutiuum und conſtitutum poſſeſſorium in gewiſſer maaſſe unzuläßig, und alſo niemand, wer der auch ſeyn möchte, ein ius ingrediendi propria auctoritate et cum vi in poſſeſſionem rei ſibi deuinctæ inuito debitore geben kan, etiamſi poſſeſſor cauſſam habeat ab ipſo conſtituente,

MEVIVS *part. V. deciſ. 351. n. 9.*

PETRVS MÜLLER *de conſtit. poſſeſſ. cap. V. §. VII. et VIII.*

und demnach unzweifelhaft, daß auch der conſtitutarius, weil er iudex in propria cauſſa ſeyn will, ſein Recht verliehren müſſe,

P. MÜLLER *l. cit. §. 8.*

MEVIVS *P. IV. deciſ. 217.*

um ſo viel mehr, als gewiß es iſt, daß in gegenwärtigem Fall poſſeſſio nicht vacua geweſen,

A. FABER *in Cod. lib. VII. tit. 7. defin. 18.*

ſondern vielmehr die von K. Herrn Quærentens Fräulein Schweſter aus dem Hauſe unverantwortlich ausgeworfen, die Schaafe weggetrieben, das Vieh crepiren laſſen, auch anders mehr verübet, welches nicht zu rechtfertigen iſt, wie das ſub lit. F. uns communicirte atteſtatum deutlich beſaget, einfolglich mit guten Grund zu inferiren,

riren, daß die K. Gebrüdere durch dieſes ihr Verbrechen, da ohnedem lis pendens geweſen, auch, Inhalts der ſpeciei facti, der Herr Quærente von Seiner Königl. Majeſtät in Pohlen rechtlich in der poſſeſſion ſeines Gutes, wegen vieler wichtigen exceptionen, beſchützet, und gar deshalb ein protectorium ertheilet worden, ihre ganze Schuld-Poſt nebſt Intereſſe und Unkoſten verlohren; und ob gleich in Anſehung der ſchon erhobenen 5000. Thlr. und 100. Ducaten Schlüſſel-Geld einiger Zweifel daher entſtehen möchte, weil dasjenige, was Sie bereits empfangen, keine Schuld mehr geweſen, und ſie alſo davon nichts weiter verliehren könten, ſo iſt es doch an dem, daß das Guth quæſtionis G. D. ratione des Eigenthums denen von K. nicht mehr zugehöret, auch die Stube ſamt dem freyen Abtrit ihnen nur bis auf 1702. vergönnet geweſen, mithin nothwendig gefolget, daß ſie rem alienam gewaltſamer weiſe occupiret, auf welchen Fall die Entſetzer den Werth deſſelben dem Entſezten zu geben ſchuldig ſeyn,

Receſſ. imper. de a. 1521. l. cit. ſupra

welcher Werth aber nicht nur die rückſtändige Kauf-Gelder in ſich faſſet, ſondern auch das übrige, was ſchon erweißlich bezahlet worden, obſchon ohne Zinſen, indem die pœna erſt von der Zeit des delicti und darauf erfolgten iudicati anfänget; wormit ſich der Herr Obriſt-Lieutenant billig zu vergnügen hat, und dahero auch keine weitere und mehrere als dieſe in den Römiſchen und Deutſchen Geſetzen verordnete Strafe zu vrgiren berechtiget iſt.

4) Nec leges imperii generales reſiſtunt,

§. VIII. Multo minus ergo (IV) *leges imperii* ab vſu huius pœnæ abhorrent, quam obſeruationem iam tetigere ICti illuſtres in reſponſo memorato, et plenius inſtruit BARDILI *ad l. 7. C. vnde vi §. 6.* Tres omnino ſunt textus cardinales in *Con-*

Digitized by Google

Conſtitutionibus imperii, qui vſum huius pœnæ euincunt, inculcant, iubent. Primus eſt *in ord. Camerali de anno 1521. tit.* wie es in Irrungen der *poſſeſſion*, qui edictum D. Marci prorſus ſecutus eſt: So ſoll der Entſetzer dadurch directum dominium das Eigenthum oder Hauptgerechtigkeit der Güther oder Gerechtigkeit, um die der Streit geweſen, verlohren haben. So aber dieſelben Güther oder Gerechtigkeit gedachtem Entſetzer mit ihren Eigenthum nicht zugehören, ſoll er deren Werth dem Entſezten nach Ordnung gemeiner Rechte zu geben ſchuldig ſeyn. Pariter in *ordin. de pace publ. Wormatienſi de anno 1521. circa fin.* pœna iuris communis generatim approbatur. Rubrica eſt: **Dieſer Land-Fried ſoll denen andern Rechten nichts abbrechen.** Textus vero: und ſollen dieſe Gebothe den Land-Frieden und deſſelben pœn betreffend, gemeinen unſern und des Reichs Rechten auch andern Ordnungen und Gebothen derhalben vormals ausgangen, ſo viel des durch die vorigen nicht aufgehoben, nichts abbrechen, ſondern das mehren, etc. Quia vero in præcedentibus articulis *d. conſtit.* pœna iuris communis, quæ pœna *priuationis* inuaſores coërcet, haud ſublata eſt, per indirectum his verbis confirmata et corroborata eſt. Poſtea *anno 1532. in receſſu Imp. Ratisbonenſi tit.* Cammergericht betreffend. §. *item* als ſich oft 15. repetita eſt *ſanctio Cameralis* antea relata his verbis: Nachdem aber in unſerer Cammergerichts-Ordnung, zu Wormbs aufgericht, unter der Rubricken: **Wie es in Irrung der *poſſeſſion* und derſelben Entſezung halben gehalten werden ſoll** *etc.* hierum gnugſam Verſehung geſchehen, ſoll es bey ſolcher Wormbſiſcher Ordnung bleiben, und dieſelbe gehalten werden, ergo quoque pœna priuationis inuaſoribus dictanda eſt, quippe quæ expreſſe in *ordin. Camerali cit. l.* eſt repetita. His addo *art. 105. Conſtit.*

quin eam confirmant.

Digitized by Google

crim. Carol. vnde generalis regula fluit, in omnibus delictis, in dicta ſanctione haud tactis, iudicandum eſſe nach den Kayſerl. Rechten.

5) *Nec ius feudale reclamat.*

§. IX. Simul vero (V) ex adductis textibus in aprico eſt, nec vſum huius pœnæ deficeret in iure feudali; nam dominus directus, ſine iudice per vim vaſallum expellens, *dominio* ſuo *directo* priuandus eſt, vt *cit. ordin. Camer. de anno 1521.* indicat vid. MEYER *in ſynt. iur. feud. c. 29. p. 825. in f.* Pariter vaſallus, vim *ſine iudice* inferens, priuatione feudi puniendus, ſiue deiecerit *tertium* ſiue ipſum *dominum*, vt cenſet cum aliis BARDILI *cit. l.* §. 33. Hoc caſu dominus feudum, a quo per vaſallum deiectus eſt, retinet; illo vero tertio acquiritur, ſalua *qualitate feudali*, ſi eſt mere *hereditarium:* ſi *non-hereditarium*, itidem tertio interim ſub eadem qualitate acquiritur, quamdiu viuit inuaſor cum liberis ſuis, quippe quibus facto patris præiudicatur, cuius beneficio feudum demum acquirunt; his deficientibus, ad inuaſoris agnatos vel ſimultanee inueſtitos feudum redit. Huc vergere videtur FRIDERICI I. *conſtitutio de pace publica tenenda*, iure Longobardico feudali inſerta, vt liqueat, quatenus pœnæ ibidem adductæ ad vaſallos applicari queant. Generatim vero traditur, inuaſores eiuſmodi *damnum paſſo ſecundum leges reſarcire* debere, adeoque non tantum deiecto rem *pleniſſime* h. e. cum reſtitutione omnis damni, reddere tenentur, ſed etiam priuatione iuris ſui puniuntur. Ceterum *cit. ordin. Camer.* optimum quoque argumentum pro *felonia domini* præbet, quam hoc modo committit, ſi per vim vaſallum expellit, in quam ſententiam quoque abiit illuſtris Facultas iuridica in caſu antea adducto. Verba eius ſunt ſequentia:

Wird

Digitized by Google

Wird gefragt, ob der N. N. als dominus directus dadurch, daß er den Quærenten als ſeinen ſubvaſallum mit Gewalt expelliret, ſeines dominii directi verluſtig worden?

Ob nun zwar jemand gedencken möchte, daß, weil der Herr N. N. in dem uns ſamt andern Beylagen communicirten allergnädigſten Reſcripto, im Fall derſelbe keine parition leiſten würde, mit der Strafe doppelter Geltung bedrohet worden, vielmehr auf die exſecution ſolcher angedroheten Strafe die Klage zu richten, in Gegentheil aber vor ungewöhnlich zu halten, wann er noch darzu ſein dominium directum verliehren ſolte, bevorab da unterſchiedliche Doctores der Meinung ſind, daß die felonia domini ein ens rationis ſey, folglich die ganze action wider den Herrn N. N. verſchwinden dürfte. *Rationes dubitandi.*

Jedennoch aber und dieweil jetzund die Frage nicht iſt, wie Sr. Königl. Majeſtät den Herrn N. N. anſehen könne und wolle, ſondern ob die ſocietas feudalis zwiſchen dem Quærenten und ſeinem Domino directo beſtehen möge; geſtalt wir *ad fidem referentis* die angeſchuldigten *facta* als wahr und erweißlich annehmen; hingegen aus der Vernunft zu erhärten, daß keine ſocietas ohne Treue und Redlichkeit beſtehen könne, und noch viel weniger eine ſocietas feudalis, welche zu dem Ende aufgerichtet wird, daß die Treue auf beyden Seiten ſich äuſſern ſolle, indem es etwas paradox klingen würde, wenn der Vaſall treu ſeyn müſte, und der Herr untreu ſeyn dürfte, mithin derſelbe den Vaſallum zu erfolgen, um das Seinige, ja um Leib, Leben, Ehre und Guth zu bringen, berechtiget wäre, hiernechſt wohl zu bedencken iſt, daß die reciproque Treue dem Domino directo nicht ſchimpflich ſeyn könne, ſondern ſo wol von dem Herrn als Vaſallen als etwas gerechtes und billiges, billig erfordert werde, daferne *Rationes decidendi.*

 anders

anders nicht eine ſolche Ungleichheit erwachſen ſoll, welche die ganze Lehens-Sociætet vernichten würde; und da immittelſt der Mangel ſolcher Treue eine Felonie oder Untreue genennet wird, dieſe aber ein Delictum iſt, auf welches ſo wol nach denen Longobardiſchen als Deutſchen Lehen-Rechten der Verluſt des dominii directi erfolgen muß,

2. Feud. 26. §. Domino

2. Feud. 47.

Ius Feud. Sax. cap. 77.

Ius prouinc. Sax. lib. III. *art. 84.*

und im übrigen mehr als bekant, daß auch die Longobardiſchen Geſetze den Herrn zu gleicher Treue verbinden,

2. Feud. 6.

2. Feud. 33. §. 1.

auch zum Uberfluß das Deutſche Sprichwort: **Getreuer Herr, getreuer Knecht**, den Dominum directum ſeiner Pflicht erinnert, über dieſes mehr als zu gewiß, daß auch der Vaſall an einen höhern Richter den Lehens-Herrn anklagen könne, oder wenn dieſer keinen höhern Richter hätte, auf das iudicium parium curiæ zu prouociren befugt, und wenn dieſer ſich nicht ſtellen, oder ihnen ſatisfaction geben wolte, denſelben zu befehden befugt ſey, wie Carolus V. den Franciſcum I. befehdet, und daß er ſein Vaſall wegen Flandern nicht mehr ſeyn wolte oder könte, deutlich declariret, auch andere Prinzen mehr gethan haben, und ob zwar der Herr Quærente ſich in einem ſolchen Stande nicht befindet, daß er dergleichen Mittel zu ergreiffen berechtiget, ſo mangelt es allhier doch nicht an einem Iudice ſuperiori, welcher nicht entſtehen wird, dieſe Felonie-Sache nach dem Lehens-Geſetze zu decidiren, woraus zum wenigſten der Herr Quærente ſo viel erhalten dürfte, daß

das

das ſubvaſallagium aufgehoben, und er alſo nur einen Lehen-Herrn, nemlich Seine Hoch-Fürſtl. Durchlauchtigkeit in Sachſen Merſeburg haben würde, und gleichwie communis doctorum ſententia demſelben beytrit,

HARTVNG *de felonia domini.*

SCHWEDER *de felonia domini.*

KNIPSCHILD *de obligatione domini erga vaſallum.*

HERTIVS *in paroem. iuris paroem.* 24. §. 3.

und unzählich andere ein gleiches bejahen;

alſo zweifeln wir nicht, daß, wann die *facta* richtig ſind, welche dem Herrn N. N. beygemeſſen werden, eine obſiegende Sentenz zu hoffen ſey. V. R. W.

§. X. Quæ cum ita ſint, quis crederet (VI) *leges prouinciales* ab hac doctrina, quieti publicæ tam egregie inſeruiente, receſſiſſe? quæ potius, quatenus diſertis verbis ab hac non deflectunt, eandem, vt *iuris communis* ſententiam, præſupponunt. Neque enim hæ admittunt aut admittere poſſunt, vt quis ſibi, ſine iudice, ius dicat, prout optime prouiſum in der Königl. Preußl. Cammergerichts-Ordn. *de anno 1709. tit. 54. §. 3. et 4.* his verbis: Es ſeynd aber die Exſecutiones bey dem ordentlichen Richter zu ſuchen, und mag keiner für ſich, unter was prætext ſolches auch ſey, wider ſeinen Gegentheil verfahren, noch das ihm etwa zuſtehende, propria auctoritate occupiren. Welches auch ſtatt haben ſoll, obgleich der Gegener per pactum beliebet, daß die ſtreitige Sache eigenmächtig, und ſonder Antretung des Richters, in Beſitz genommen werden möchte, damit aller beſorgende Tumult und Unruhe vermieden werde. Hac de cauſſa quoque pacti de *ingrediendo* vis extraiudicialis omnis detracta eſt in der Königl. Preußl. *Hypothequen*-und Concurs-Ordnung

6) Nec leges prouinciales hanc pœnam tollunt.

de anno 1723. §. *35.* his verbis: Daß der Glåubiger, im Fall unterbleibender Zahlung, die verſchriebene Pfand-Stücke eigenmächtig, mit eigener Gewalt, unverfolgten Rechtens, einnehmen, und ſich in deren Beſitz ſetzen möge, hat ſo wenig, wenn es in den Pfand-Verſchreibungen geſetzet, nach dem gemeinen Recht den Effect, daß es der Glåubiger thun kan; Als wenig ſolches in dieſen unſeren Landen zugelaſſen ſeyn ſoll; Und iſt dannenhero ſolches Geding auch unter dem Nahmen des Pacti de ingrediendo als unnůtzlich, denen Pfand-Verſchreibungen und Conſtituirung der Hypothequen nicht beyzufügen, noch, da ſolches ſich irgendwo fünde, zu attendiren. Wolten aber die Contrahenten ſich deſſen vergleichen, daß bey nicht erfolgter Zahlung der Creditor ſofort vom Gericht in die poſſeſſion geſetzet werden ſolte, hat ſolches ſtatt, mit dem Effect, daß auf bloſſe Vorzeigung der Obligation, wenn nicht ein Inſtrumentum publicum, ſo keiner recognition bedarf, verhanden, nach vorheriger recognition, der Glåubiger in das ihm dergeſtalt verſchriebene Gut von der Obrigkeit eingeſetzet, und der Schuldner mit ſeinen etwa habenden dilatoriſchen und peremtoriſchen Exceptionen zur beſondern Ausführung verwieſen und allein Exceptio ſolutionis vel Compenſationis, wenn ſie ſofort erweißlich, attendiret werden ſoll.

Quod notio reſponſo illuſtratur.

§. XI. Quodſi itaque per leges regni Boruſſiæ omnis vis et via de facto ſine iudice procedendi reprobata eſt, pœna quoque iuris communis per *indirectum* approbata, dum nihil in contrarium cautum fuerit. Sic in caſu, quo creditor ſolutionis cauſſa crumenam nummis repletam per vim debitori eripuiſſe, arguebatur, et eidem ſuper hoc violentiæ facto iuramentum delatum erat, iudex primæ inſtantiæ d. 12. Aug. 1722. iuramentum

Digitized by Google

tum hoc præſtandum eſſe cenſuit per ſententiam huius tenoris. E. E. Rath erkennet, daß der Kläger das von Beklagten deferirte Iurament, ſo wie ſolches deferiret worden, binnen gehöriger Friſt zu acceptiren oder zu referiren ſchuldig ſey, wann ſolches geſchehen, ſoll ferner erkant werden. Appellatione interpoſita, ſententia hæc quidem d. 2. Nou. 1722. reformata, per ſententiam ſequentem: Qua mater. aber ſententia a qua vom 12. Aug. c. dahin zu reformiren, daß es des erkanten Eydes nicht bedörfe, ſondern dem Bekl. obliege, dem Kl. wegen des Vorſchuſſes und Frachts, weshalb ſie ſich vorher zu berechnen haben, zu befriedigen. Sed denuo ad potentiſſimum regem Boruſſiæ appellatione interpoſita, prior *d. 23. Iul. 1723.* confirmata eſt, tranſmiſſis actis ad Scabinos Mindenſes. Sententia hæc cum *rationibus decidendi* de nouo vſum huius pœnæ illuſtrat, vnde eandem ſubiiciendam eſſe cenſui. Auf interponirte Appellation, dawider eingewandte Exception und andere Geſetze in Sachen Chriſtopher Gantzers, Beklagten jetzo Appellantens an einem, entgegen und wider Matthias Ludewig, Klägern jetzo Appellaten am andern Theil; erkennen Wir Friederich Wilhelm, von GOTTES Gnaden König in Preuſſen ꝛc.

Auf gepflogenen Rath Unſerer Rechtsgelehrten allen in Actis befindlichen Umſtänden nach für Recht: Daß die Appellation ihrer formalien halber beſtändig, auch quoad Materialia nunmehro aus den Actis ſo viel zu befinden ſey, daß die Sentenz erſter Inſtantz wieder herzuſtellen und zu confirmiren ſey, compenſatis expenſis. V. R. W.

Rationes decidendi fuere ſequentes:

Gleichwie 1) Chriſtopher Gantzer, von dem fol. 8. Act. Appellat. befindlich und am 2ten Nouembr. a. p. publicirten Beſcheide,

ſcheide, laut deſſen fol. 9. befindlichen Schrift am 12ten eiusd. appelliret, ſolche appellatio auch 2) angenommen, und 3) der Appellate teſt. fol. 13. den Appellations-Eyd abgeſtattet, alſo ſind die formalia für beſtändig erkant worden.

Materialia demnächſt anreichend, ſo vermeinet zwar Appellate des Appellantens grauamina unerheblich zu ſeyn, weil er, 4) die LL. iuris Romani, auf welche er ſeine anfängliche exception fundiret, und auf welche 5) der magiſtratus zu Rathenau in ſeiner Sentenß reflectiret haben mag, in Deutſchland und in ſpecie in der Churmarck Brandenburg recipiret zu ſeyn, nicht erwieſen, es iſt auch 6) an dem, daß nicht alleine viele ſonſt Rechtsbewehrte ICti, in ſpecie

GIPHAN. *ad l. 7. C. vnde vi.*

SCHARSCHMID. *ad Nou. 60. c. 1.*

CARPZ. *P. 4. conſt. 35. def. 11.*

BERLICH. *P. 1. concl. 21. n. 6.*

COLER. *Dec. 125. et ab his allegati plures*

ſolcher Meinung ſind, ſondern es ſchreibet auch 7)

COVARRVVIAS *l. 3. var. Reſol. 16. n. 7.*

IO. DEL. CASTILLO *Tr. de vſufruct. C. 6. num. 22.*

Quod rigor illarum LL. totius orbis Chriſtiani vſu atque praxi antiquatus ſit;

ein gleiches ſtatuiret 8)

quoad Galliam

P. Rebuffus in comm. ad Conſtit. Reg. q. 5. in præfat. n. 76.

nec non quoad Hiſpanos

Fr. de Sarmient. l. 2. ſelect. Interpret. C. 13. n. 7.

et quoad Belgas,

CHRISTIN. *v. 2. Deciſ. 148. n. 6. iunct. v. 3. Deciſ. 15. num. 10.*

VINN.

VINN. *ad §. vlt. I. de vi bon. rapt.*
PEREZ. *ad C. tit. vnde vi*
BARDILI *Diſſert. ad L. 7. C. vnde vi. §. 2. et 3.*

Dem dann 9) quoad factum hoc caſu hinbey komt, daß der Appellate durchgehends und beſtändig ableugnet, dem Appellanten einige Gewalt gethan, und den Geld-Beutel mit violentz ihm extorquiret und weggenommen zu haben, ſondern daß derſelbe ſolchen gutwillig fahren laſſen, da doch

ad actionem ex allegat. LL. 12. et 13. ff. quod. met. cauſ. et L. 7. C. vnde vi.

erfordert wird, vt res vi ablata ſit, vis autem dicitur maioris mali impetus, cui reſiſti non poteſt.

L. 3. ff. quod met. cauſſa.

Welche aber 10) h. c. nicht verhanden zu ſeyn, mithin 11) aus andern Umſtänden ſo viel erſcheinet, daß Appellatus keine irraiſonable Urſache gehabt habe, ſich des Geld-Beutels und folglich ſeiner Bezahlung halber zu verſichern, weil wie er 12) paſſim in actis und beſtändig behauptet, daß Appellante nicht allein ihm auf das zu Hamburg aus den verkauften Holz löſende Geld vertröſtet, ſondern auch daſſelbe theils zum Pferde-Kauf angewandt, theils ihn mit inexigiblen aſſignationen fruſtiren wollen, mithin alſo obæriret ſey, daß er ihm gar de fuga ſuſpect worden, wie dann auch ſeine eigene Frau nicht einmal für ihn cauiren wollen, aus welchen und andern mehr, in actis angeführten Umſtänden dann 13) es das Anſehen gewinnet, daß es keiner Eydes-Delation ſuper violentia bedürfe, und folglich die Grauamina für unerheblich zu achten, cum a pœna l. 7. C. *vnde vi* iuſta cauſſa excuſet:

BARDILI *d. Diſſert. §. fin.*

Dergleichen dann unter andern auch die zu ſeyn erachtet wird, ſi quis (wie h. c. Appellate auch vorgiebt) copiam iudicis habere non potuit,

arg. t. t. C. quando lic. vnicuique ſine iud.

GRAKE *de auctor. priuat. in proœmio n. 3.*

MENOCH. *remed. 9. Recup. n. 191. apud* BARTILI *d. l.*

Dem dann ferner nicht allein 14) beytritt, daß Appellatus die Rechte nicht verſtanden zu haben vorwendet, und die ignorantia iuris auch eine excuſe bey Perſonen, welche die iura nicht verſtehen, abgiebet, ſonderlich wann ſie keine peritos conſuliren können,

MYNSING. *6. obſ. 47. pr. et n. 4.*

ſondern auch 15) noch dieſes dem Appellanten zu obſtiren ſcheinet, daß Appellatens Forderung quoad rem ipſam liquid, und hergegen ſein des Appellantens exceptio priuationis ex

L. 13. quod metus cauſſa et

L. 7. C. vnde vi

illiquid iſt, folglich dieſe mit jener nicht wohl compenſiret werden kan,

L. fin. C. de compenſat.

MEV. *p. 5. Dec. 227. n. 8.*

und alſo dem Anſehen nach Appellante damit ab- und ad ſeparatum iudicium, præuia ſolutione crediti, verwieſen werden müſte. Alldieweil aber dennoch nicht allein 1) in genere Rechtens iſt, quod ſi quis in Imperio Romano-Germanico lege nititur Iuſtinianea, licet eiuſdem obſeruantiam non probet, tamen cauſſam tamdiu fundatam habeat, donec aduerſarius ius poſterius monſtret contrarium,

per tit. ordinat. Cam. et Iud. Imp. Aulici nec non Rec. I. nouiſſ.

Digitized by Google

nouiſſ. §. *77. et 99. et allegat.* LOCAMER. CARPZ. TABOR. MEV. et REINK. LAVTERBACH. *Ex. 1. concluſ. for. 1.*

ſondern auch 2) in ſpecie viele andere und Rechtsbewehrte ICti als HARPPRECHT. MEV. BRVNNEM. REBHAN. und mehr apud BARDILI *d. diſſert.* §. *4. et 5.*

bezeugen, daß der L. 7. C. vnde vi in Deutſchland noch in vſu, und auſſer Sachſen, wovon doch auch andere von dem Carpzov. Berlich. etc. diſſentiren, nicht abrogiret ſey, wie dann

BARDILI *d. diſſert.* §. *6. et 7.*

darthut, daß keine conſtitutio imperii d. l. contraria, ſondern viel mehr darin confirmiret, auch in Camera darnach geſprochen zu ſeyn ſich finde, übrigens 3) ad actionem ex d. l. nicht eben dolus et violentia magna requiriret wird, ſondern gnug iſt; ſi quis ſine voluntate Domini vel poſſeſſoris rem occupat, arg. *l. 5. ff. de acq. et amitt. poſſeſſ.* et eorum quæ tradunt

FABER *L. 7. Cod. t. 7. Def. 18. n. 4.*
MEV. *P. 4. Dec. 220. in fin.*
MENOCH. *Remed. Rec. 9. n. 264.*
vt et BARDIL. *d. diſſert.* §. *16.*

welches dann 4) auch einem Creditori nicht eins zugelaſſen, ſondern derſelbe ſich der pœnæ amiſſionis crediti ſchuldig machet, wenn gleich per pactum zwiſchen ihn und den Schuldener ein anders ſtipuliret, oder auch die clauſula conſtituti demſelben adiiciret worden:

poſt MEV. BRVNNEM. CARPZ. aliosque
BARDILI *d. diſſert.* §. *35.*

Und dann 5) der Appellant ſich nicht allein darin fundiret, daß Appellate ihm den Geld-Beutel eigenrichterlich wider ſeinen Willen und alſo mit Gewalt aus den Händen geriſſen, und ſich

 bezah-

bezahlet machen wollen, und zwar ohne eins vorher ſich mit ihm zu berechnen, und ein debitum liquidum zu conſtituiren, da er doch dieſes vor allen Dingen zu thun, und wenn er ſich der Zahlung geweigert, deshalber in foro ordinario, oder wenn er ihn gar de fuga ſuſpect zu ſeyn vermeinet, wenigſtens zu Hamburg, allwo er ſo wol copiam peritorum als Iudicum gehabt, gerichtl. zu klagen ſchuldig geweſen, bevorab da 6) Appellant ein Mitbürger von Appellato, auch wie er beſtändig vorgiebet, und nicht anders zu præſumiren ſtehet, weil Appellatus ihm creditiret, und ſeinen fidem gefolget, poſſeſſioniret iſt, welchen falls auch arrreſta vermöge der Rechte und in actis allegirten conſtitutionen und Ordnungen dergeſtalt verbothen, daß auch die actio iniuriarum ſolchenfalls ſtatt hat

HARPPRECHT *ad* §. *1. I. de iniur. n. 8. ibique citat.*

folglich 7) bey ſolchen und andern in actis angeführten Umſtänden nicht wohl zu ſuſtiniren iſt, daß Appellante dem Appellaten über irrelevante Puncte, welche ad probandum nicht zuläßig, indebite den Haupt-Eyd deferiret, oder deſſen relation ihm zu iniungiren gebethen, weil Rechtens iſt, quod non ſolum actor reo tale iuramentum in omnibus cauſſis non exceptis perſonalibus et realibus, poſſeſſoriis et petitoriis itemque pœnalibus deferre per tit. et Dd.

LAVTERBACH *in Collegio t. de iureiur.* §. *65.*

ſed etiam reus in criminalibus ſuas exceptiones conſcientiæ accuſatoris committere poſſit,

BERLICH *Deciſ. 297.*

CARPZ. *lib. 3. Reſp. 45.*

als haben wir bey ſolchen Umſtänden und da auch 8) der error ſeu ignorantia iuris ihn ab actione ex

L. 7.

L. 7. C. vnde vi et ſimil. iuris tit.

nicht liberiren kan, weil auch ſolche in hoc caſu keine milites, ruſticos et mulieres excuſiret,

BARDILI *d. diſſert. §. 22. 23. et 24. ibique cit.*

übrigens auch 9) bekant iſt, quod paria ſint liquidum eſſe et in continenti, h. e. per iuramenti delationem, liquidum reddi poſſe,

MEV. *P. 5. Dec. 134. n. 3.*

quodque iudici omnino incumbat litium abbreuiatio,

MEV. *P. 2. Dec. 164. n. 4. et ſeqq.*

Inhalts der Urthel erkennen müſſen, die Unkoſten aber, weil Appellate die leztere Urtheil vor ſich hat, compenſiret. Signatum Minden, den 23ten Iul. 1723.

Königl. Preußl. zum Schöppenſtuhl des Fürſtenthums Münden verordnete Director und Aſſeſſores.

§. XII. Denique etiam hoc adiungendum eſſe exiſtimo, poenam quoque hanc diſertis verbis fuiſſe approbatam in *iure prouinc. Boruſſ. lib. III. art. 3. §. 1.* En verba: Wir wollen auch allhier aus den Käyſerl. Rechten die Straf introducirt haben, daß, wo einer hohes oder niedriges Standes den andern ſpoliret und entſetzet, und des mit Recht überwunden wäre, in Sachen, die den Fried-Bruch mit belangen: So ſoll der ſpoliator und Entſetzer dadurch directum dominium, das Eigenthum oder die Haupt-Gerechtigkeit der Güter, oder Gerechtigkeit, darum der Streit geweſen, verlohren haben. Wo aber dieſelbigen Güter oder Gerechtigkeit gedachtem ſpoliatori oder Entſetzer mit ihren Eigenthum nicht zugehören, ſo ſoll er derſelben Werth oder æſtima-

Pena hæc approbata iure Boruſſico prouinciali.

 tion

tion dem ſpoliato oder Entſazten, nach Ordnung vorgedachter gemeiner Rechte, zu geben ſchuldig ſeyn, wornach man ſich hinführo zu richten. Praeterea iam olim in Electorali Saxonia inter emendanda circa proceſſum hoc caput quoque relatum fuit de pœna a Diuo Marco conſtituta contra eos, qui ſibi ius dixerunt ſine iudice, ſedulo in vſum deducenda, quod indicat *Titulus V. ordinat. recogn.* apud BERGERVM *in elect. Diſcept. forenſ. p. 126.* his verbis: Hierüber ſoll auch einem Kläger, nach Gelegenheit derer Fälle, ſich derer actionum pœnalium in duplum et quadruplum und dergleichen, ſo weit dieſelben der Verfaſſung Unſerer Lande nicht zuwider, wie nicht weniger des remedii ex Decreto D. Marci in l. 13 π. quod met. cauſ. et l. 7. C. vnde vi, zumahl ſelbiges in denen Reichs-Abſchieden de anno 1521. rubr. wie es in Irrung der poſſeſſion etc. §. und ob ſich. item de anno 1532. rubr. Cammer-Gerichte §. 15. ausdrücklich beſtättiget, gebührend zu gebrauchen nachgelaſſen ſeyn. Haud tamen obſeruaui, hoc ipſum caput emendatae ordinationi proceſſus Saxonici inſertum fuiſſe, quamuis hoc ipſum argumentum pro non vſu huius pœnae haud praebeat. Pariter *in iure prouinc. Bauar. Tit. XX. art. 11.* hac de re ita cautum eſt: Sitzet jemand ſeiner varenden Haab, wie die genant iſt, in Nutz und Gewehr, dazu ein anderer zu ſprechen hat, der ſoll ſein Anſprach derhalben ſuchen, wie recht iſt. Entwert er ihn aber derſelben varenden Haab, ohn Recht, mag der Kläger alsdann ſolches wahr machen, wie recht iſt, deß ſoll er genieſſen, und ihm daß der Antworter mit der zweygüllt wiedergelten, und dem Gericht die Bueß verfallen ſeyn. Denique in *iure Dithmarſienſi Prouinc. art. 90.* idem repetitum deprehendi. Verba eius haec ſunt: Niemand ſchall ahne vorgahnde rechtyke Erkentniß den andern mit der daht ſyner hebben-

Ordin. Saxonic. recognit.

Iure Bauarico

et Dithmarſienſi.

Digitized by Google

benden Gewehr, und Beſittes entſetten by Bröke des dubbelden Fredens. Und ſo de Entſetter an dem Gude, darvon he den andern mit Gewalt entſettet, egendohmlyke Gerechticheit hatte, da hefft he dardörch, dat heden andern entſettet hefft, verlahren, de fallt up denjennen, de entſettet ys. Wennehr ok ſodahne Entſettinge vor Recht gebracht, und geklaget worde, und de Entſetter wolde vorwenden, dat he an dem Gude egendohmlyke Gerechticheit hadde, ſo ſchall he doch darmedde nicht gehöret werden, ſünder de Kläger ſchall erſt und thovörn in ſynen Beſitt wedderüm werden ingeſettet, darnach mach de Beklagte up ſynen Egendohm ſpreken.

§. XIII. hæc omnia argumenta ſi in vnum confero, fortiſſime inde concludo, hanc pœnam ſibi ius ſine iudice dicentium in decidendo omnino ſequendam, nec eos, qui ſine idonea ratione contrarium aſſerunt, audiendos. Qui ad contrariam obſeruantiam, æquitatem cerebrinam, et ſimilia ſubterfugia prouocant, parum præſidii in iis deprehendunt, prout ſextuplici robore et pondere antea demonſtraui, vt facile liqueat, me non ſine ſtringente cauſſa caſtra diſſentientium reliquiſſe, victoriamque facile contra hos obtenturum eſſe. *Concluſio.*

EXERC.

EXERCITATIO XXIV.
AD LIBR. II, PAND. TIT. XI.
DE
CONTVMACIA NON RESPONDENTIS.

CAP. I.
DE CONTVMACIA NON RESPONDENTIS IN CAVSSIS CIVILIBVS.

ARGVMENTVM.

§. *I. Iudiciorum auctoritas contra contumaces. II. Contumaciae ratio et diuiſio. III. Contumaciae in non comparendo et non reſpondendo diſcrimina. IV. In non reſpondendo quot modis committatur? V. Reus obligatus reſpondere ad interrogationes in iure factas. VI. Poena rei in reſponſione mentientis. VII. Poena rei non reſpondentis. VIII. Opinio Struuii et Franzkii de vſu interrogationum, ad actiones perſonales adſtricto, confutata. IX. Nullus vſus interrogationum ante L. C. tempore Iuſtiniani, ſed tantum poſt L. C. An in praxi? X. Poſitionum ex interrogationibus in iure faciendis origo. XI. Earum vſus hodiernus. XII. Poena doloſe negantis vel non reſpondentis ad Poſitiones. XIII. Requiſita vt contumax, non reſpondens ad illas, pro confeſſo habeatur. XIV. Poena confeſſi et conuicti in beneficialibus et matrimonialibus. XV. Poena peruerſe reſpondentis ad poſitiones. XVI. In litis conteſtatione rei reſponſio deſideratur, eaque determinata. XVII. Pura eſt vel euentualis. XVIII. Contumacia in L. C. quot modis committatur? Contumax reus, euentualiter litem non conteſtans, modo de iudicis competentia conſtat. XIX. Nulla rei obligatio ad L. C. coram iudice manifeſto incompetente, XX. vel ſi aliis exceptionibus fori declinatoriis, XXI. vel peremtoriis litis ingreſſum impedientibus*

Digitized by Google

bus tutus eſt, XXII. vel ſi citatio vitio laborat. XXIII. Exceptiones aduerſus pœnam contumaciæ. XXIV. Pœna contumaciæ litem non conteſtantis ex iure communi, XXV. ex iure Saxonico communi, XXVI. et ex iure Sax. Electorali. XXVII. Pœna litem non legitime conteſtantis, XXVIII. vel non debito tempore. XXIX. Pœna huius contumaciæ in proceſſu ſummario et exſecutiuo. XXX. Contumacia actoris non reſpondentis in remediis prouocatoriis. XXXI. Contumacia teſtium non reſpondentium. Eorum pœna.

§. I.

Iudiciorum hæc eſt ſingularis *ſanctitas* et *auctoritas*, vt, quia auctoritate ſummi in republica imperantis exercentur, eis quoque reuerentia, obedientia, et debitum obſequium ab iis, qui ad ea vocantur, præſtandum ſit. Cum enim vt plurimum exerceantur in *inuitos*, eosque, qui *fugere* iudicium ſolent; eo magis neceſſe eſt, *auctoritatem* eorum et *iuriſdictionem* etiam *pœnali iudicio* munire, *l. 1. pr. D. Si quis ius dic. non obtemp.* vt reluctantes ad officium reducantur, et ſuum cuique tribuatur. Hinc varia remedia in iure ſunt præſcripta, quibus contra *contumaces* iudex progredi poſſit, tam in cauſſis *ciuilibus*, quam *criminalibus*, et quia contumacia non tantum *in non comparendo*, ſed etiam *in non reſpondendo* committi poteſt, et peculiares circa poſteriorem ſpeciem obſeruationes occurrunt, de hac tantum ero ſollicitus, oſtenſurus, quomodo contra contumaces *in non reſpondendo* procedi debeat, (I) *in cauſſis ciuilibus*, (II) *in criminalibus*.

De iudiciorum auctoritate contra contumaces,

et remediis.

§. II. Contumacia in genere conſiſtit in eo, *ſi quis iudici non obtemperauerit*, non agendo aut præſtando id, quod litigans

Contumaciæ indoles et ratio,

tigans facere iuſſus erat. *l. 53. D. de re iudic.* Variis proinde committi poteſt modis, tam ab *actore*, quam a *reo*; in primis vero vel non comparendo, vel comparendo quidem, ſed reſpondere recuſando, vel non recte reſpondendo, vel aliter iuſſui iudicis, cautionem, iuramentum malitiæ, probationem aliaue imponentis, non ſatisfaciendo etc. Generatim committitur vel *dolo* vel *abſque dolo*, et hinc *contumacia* vulgo diuiditur in *veram* et *præſumtam*. Illa eſt, quando conſtat *de dolo* et *intentione inobedientis*, vt, ſi quis legitime citatus, expreſſe declaret, ſe venire nolle, nec etiam compareat. CARPZ. *P. I. C. 9. def. 6.* Hæc vero, quando quis non agit, quod agere debebat, vt tamen de *dolo* non conſtet, quamuis interim tamdiu pro *contumace* habendus ſit, donec ſe ab illa legitime purgauerit. In hac adhuc ſupereſt allegatio *impedimentorum*, qua ſe a contumacia purgare poſſit, quibus probatis, a pœna *contumaciæ* liberatur: in illa excuſatio ceſſat, poſtquam de *dolo* conſtat.

vel vera vel præſumta.

§. III. Inter varias contumaciæ ſpecies in primis hæ duæ eminent, 1) quando reus ſe *iudicio haud ſiſtit*: 2) quando *non reſpondet*. *Illam* hac maiorem et peiorem eſſe credunt, indeque inferunt, quod ex *illa* condemnato ad appellandum omnis via præcluſa ſit, non item ex hac. LAVTERBACH. *ad tit. de appellat.* §. 20. Poſterius probant ex *l. 28. §. 1. D. de appell.* vbi quæſtio fuit propoſita de eo, qui exhibere rationes iuſſus, dilationem impetrauerat, nec tamen exhibuerat per contumaciam. Quam ob cauſſam cum actor ad iuramentum in litem admiſſus, et, hoc facto, reus in id, quanti iuratum fuerat, condemnatus eſſet; quæſitum eſt, an huic adhuc appellatio contra ſententiam condemnatoriam integra eſſet? quod affirmat ICtus, ra-

Potiſſimum committitur in non comparendo et non reſpondendo.

Digitized by Google

ratione nulla addita, adeoque exiſtimant, eam vnice in hoc quærendam eſſe, quod contumax in non exhibendo vel non reſpondendo ab appellatione non excludatur, vt ait BRVNNEMANNVS *ad l. 23. n. 3. et l. vlt. n. 2. D. de appellat.* Atque hanc eſſe vulgarem diſtinctionem inter contumaciam in *non veniendo* et *non comparendo*, ait HILLIGER *ad Donell. Lib. 28. cap. 6. cit.* quæ tamen rationes idem per idem probant. Prioris probationem deducunt 1) ex *l. 23. §. 3. D. de appellat.* vbi ICtus, *eum*, inquit, *qui cognouit edictum peremtorium ſecundum ordinis cauſſam datum, placuit, non recte prouocaſſe; cum in eius poteſtate fuerit, ante diem præſtitutum pro tribunali reſpondentem aut defenſum, edicti denunciationem rumpere.* Loquitur ICtus *de edicto peremtorio*, quo citari ſolebant latitantes, qui nullum ad ſe aditum præſtabant, RAEVARDVS *in protribun. cap. 3. ab init.* et ſic in *dolo* et *vera contumacia* hærebant. Nomen inde ſumſerat, *quod perimeret diſceptationem, hoc eſt, vltra non pateretur aduerſarium tergiuerſari*, vt ait ICtus *in l. 70. D. de iudic.* Hunc autem ad appellationem non admitti, æquum erat, quia doloſis iura haud ſuccurrunt, præſertim cum *in peremtorio comminatio accedebat, ſe, abſente diuerſa parte cogniturum et pronunciaturum. l. 71. D. eod.* Idem confirmat PAVLLVS *lib. 5. ſentent. tit. 5. §. 7.* apud SCHVLTINGIVM *in iuriſprud. anteiuſtin. p. 450.* aitque: *trinis litteris vel edictis aut vno pro tribus dato, aut trina denunciatione conuentus, niſi ad iudicem, a qua ſibi denunciatum eſt, aut cuius litteris vel edictis conuentus eſt, venerit, quaſi in contumacem dicta ſententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet, quin immo nec appellari ab ea poteſt.* Idem euincit VLPIANVS in *l. 73. §. 1. de iud.* rurſusque caſum, quo quis per *veram contumaciam* abfuit, ſupponit. E contrario addit adhuc eum audiendum eſ-

An ratione appellationis quoad has duas ſpecies quid interſit?

 ſe,

Digitized by Google

ſe, ſi *per contumaciam veram* non abfuit, ſed iuſta impedimenta allegare potuit, quod etiam in *l. 75. D. eod.* confirmatur. Proinde non eſt hic differentia quærenda in eo, vtrum contumacia commiſſa ſit *in non veniendo, an vero in non reſpondendo*, ſed potius in hoc, vtrum conſtet *de dolo* contumacis, nec ne? Priori caſu indignus eſt appellatione, adeoque nec ad appellationem admittendus, qui doloſe reſpondere detrectat. Nec aliter intelligo *l. vlt. §. 1. D. de appell.* vbi de tali caſu ICtus pronunciat, in quo *de dolo* non conſtabat. Iuſſus erat reus edere rationes: dilationem impetrauerat, qua dilapſa, eas haud exhibebat, et ita condemnatus erat. De dolo eius non ſatis conſtabat; ignorabatur, an non iuſtis impedimentis, quo minus illas exhiberet, diſtrictus fuerit, et ideo ad appellationem admiſſus fuit, ab ea ſine dubio repulſus, ſi *de dolo* conſtitiſſet. Qui latitat, nec ad ſe aditum permittit, in aperto eſt dolo: non item, qui comparuit, ſed poſtea, quod iuſſus eſt, non præſtitit, nec reſpondet.

Deciſio.

Quando reſponſio deſideratur?

§. IV. Vt autem conſtet, qua ratione contumacia *in non reſpondendo* committatur, caſus, qui *reſponſionem* requirunt, præmitti debent. Reſponſio deſideratur vel a *reo*, vel a *teſtibus*. Rei reſponſio deſideratur, (1) in *interrogationibus* ab actore olim ante L. C. factis: (2) in *poſitionibus* ab actore oblatis hunc in finem, vt reus diſtincte et categorice ad illas reſpondeat ſub iuramento *reſpondendorum*: (3) in *litis conteſtatione* tam ſolemni quam minus ſolemni: (4) in *proceſſu exſecutiuo*, quo agitur ad recognitionem documentorum, vel iuratam diffeſſionem: (5) ſuper punctis incidentibus, in quibus quandoque etiam *actoris* reſponſio qualiſcunque deſideratur, ſi per reum dubium hoc inciderit, quorſum etiam delatio iuramenti ſpectat

etc.

etc. Similiter *teſtes*, vt ad articulos probatoriales reſpondeant, cogi poſſunt, vnde etiam horum contumacia huc pertinent. vid. *t. t. X. de teſtib. cog.*

§. V. Primum caſum quod concernit, ſciendum eſt, olim quaſdam *interrogationes* et *reſponſiones* in litis exordio in vſu fuiſſe, ſolemnibus verbis faciendas, quoties dubium iuſtum interueniebat, quo non diſſoluto, actor ſecure in *perſonam* agere non poterat, vtpote ſi quis ignorabat, *pro qua parte eſſet heres*, cum quo creditor agere vellet; ne plus petendo cauſſa caderet. *l. 1. pr. D. de interrog.* Item ſi non conſtabat, vtrum ſe heredem defuncti profiteretur? An hereditatem adiiſſet? *l. 2. et 3. eod.* An in poteſtate haberet eum, cuius nomine noxali iudicio agi deberet? *l. 5. eod.* An quadrupes eius ſit? *l. 7. eod.* An ſeruus, qui damnum dedit, eius ſit? *l. 8. eod.* Erant huiuſmodi interrogationes neceſſariæ *pro fundandis actionibus*, ne vel fruſtra ageret, vel onere probandi, ante iudicium ſuſceptum, ſeſe oneraret, quod admodum difficile erat, *l. 2. et 3. D. de interrog. in iur. fac.* Reus regulariter ad *reſpondendum* tenebatur, niſi ex ipſa reſponſione ſummum præiudicium metuendum erat. *l. 6. §. 1. D. eod.* Ipſa reſponſio debebat eſſe *ſpecifica*, alioquin *indefinite* concepta in eius præiudicium torquebatur, vt docet ICtus *in l. 9. §. 5. eod. qui interrogatus, heredem ſe reſponderit, nec adiecerit, ex qua parte; ex aſſe reſpondiſſe, dicendum eſt. Niſi forte ita interrogatus, an ex dimidia parte heres ſit, et reſponderit, heres ſum: hic enim magis, eum, puto ad interrogatum reſpondiſſe*, quia ſpecifica præcedens interrogatio reſponſionem ſubſequentem indefinitam declarat. Immo ſi valde actoris intereſſe animaduertebat Prætor, *plenius et diſtinctius* reſponderi iubebat. *l. 9. §. 6. eod.* In rei vindicatione quoque nonnunquam

De interrogationibus olim vſitatis in litis exordio,

ad quas reus reſpondere tenebatur.

quam *reſponſio* rei deſiderabatur, vt de *poſſeſſione* rei conſtaret. Ait ICtus in *l. 36. D. de rei vind. qui petitorio iudicio vtitur, ne fruſtra experiatur, requirere debet, an is, cum quo inſtituit actionem, poſſeſſor ſit vel dolo deſierit poſſidere,* quia etiam hæc reſponſio ad præparandum iudicium pertinebat, quod abſque longis ambagibus expediendum erat.

Pœna mentientis.

§. VI. Tenebatur autem reus reſpondere, ſi probabiliter *de actoris* iure vel intereſſe conſtabat; ſi contumax erat, ſi mentiebatur, ſibi præiudicabat. Voluit prætor, ait ICtus *in l. 4. pr. de interrog. adſtringere eum, qui conuenitur, ex ſua in iudicio reſponſione, vt vel confitendo vel mentiendo ſeſe oneret, ſimul etiam portionis, pro qua quiſque heres extitit, ex interrogatione certioretur.* Poterat tamen reus petere ad deliberandum tempus, quia *ſi perperam* confeſſus erat, incommodo adficiebatur. *l. 5. in f. eod.* Contumax ergo eſſe poterat, dum vel α) *mentiebatur*, vel β) *tacebat*, vel γ) *obſcure et peruerſe reſpondebat.* Si *mentiebatur*, reſpondendo forſan creditoribus hereditariis, ſe heredem eſſe, ſic conueniebatur ac ſi heres eſſet: *fides enim ei contra ſe habebitur*, vt ait ICtus in *l. 11. §. 1. eod.* Quamuis itaque heres non eſſet, ſic tamen tenebatur, quaſi ex contractu obligatus foret, pro quo pulſabatur. *l. 11. §. 9. eod.* Requirebatur vero (I) *vt improbe reſpondiſſet l. 11. §. 7. in fin. eod.* Qui ex *iuſta ignorantia* de minori hereditatis parte, ignorans ſibi aliquid accreuiſſe, reſpondebat, cur ei reſponſum ſuum noceret? *l. 11. §. 3. eod.* Idem erat dicendum, ſi filius affirmauerat, *ſe heredem eſſe,* mox teſtamentum, de quo antea non conſtabat, proferebatur, in quo filius erat exheredatus, æquiſſimum erat, ei ſuccurri, ne a creditoribus conueniretur tanquam heres, *quod ea, quæ poſtea emergebant, auxilio indigerent. l. 11. §. 8. eodem.* Sic etiam qui iuſto

Requiſita, vt contumax mentiendo puniri poſſit.

iuſto errore ductus negauerit, ſe heredem, venia dignus, ſi vel maxime in aliqua culpa eſſet, niſi hæc dolo proxima foret. *l. 11. §. 10. et 11. eod.* (II) *Vt reſponſio naturæ rei eſſet apta et congrua.* Confeſſio, quam ius et natura recipere non poterat, non præiudicabat, quin potius inſulſa videbatur interrogatio; *l. 14. in fin. eod.* falſæ potius confeſſiones naturalibus conuenire debebant. *l. 13. pr. eodem.* (III) *Vt interrogatio actoris præceſſerit.* Huic ſoli mendax obligatus erat, non alii, vnde ſi ex pluribus creditoribus vnus alterue tantum interrogaſſet, his tantum ex ſua reſponſione tenebatur, non iis, qui in iure non interrogaſſent. *l. 22. D. eod.*

§. VII. Porro committebatur contumacia *tacendo*, id quod in ipſius præiudicium accipiebatur, vt pro confeſſo haberetur. *Qui tacuit quoque*, ait ICtus *in l. 11. §. 4. eod. apud prætorem, in ea cauſſa eſt, vt inſtituta actione in ſolidum conueniatur, quaſi negauit ſe heredem eſſe: nam qui omnino non reſpondet, contumax eſt: contumaciæ autem pœnam hanc ferre debet, vt in ſolidum conueniatur, quemadmodum ſi negaſſet; quia prætorem contemnere videtur.* In effectu hoc caſu pro *affirmante* habebatur, quod nec ICtus diffitetur; quamuis enim aſſerat, eum pro *negante* haberi, id tamen magis de *mentiente*, vel eo, qui *per mendacium negauit*, accipiendum eſt, *qui mendacii hanc pœnam ferebat, quod in ſolidum conueniretur. l. 11. §. 2. eod.* Breuiter *mentiens* et *contumax* in non reſpondendo pari afficiebantur pœna. Denique contumacia quoque committebatur *peruerſe* et *obſcure* reſpondendo. *Nibil intereſt*, ait ICtus *in l. 11. §. 7. eod. neget quis* per mendacium, *an taceat interrogatus* per contumaciam, *an obſcure reſpondeat, vt incertum dimittat interrogatorem*, cum *obſcure reſpondere*, et *nihil reſpondere* ſint

Pœna non reſpondentis,

vel peruerſe reſpondentis.

paria:

quam *reſponſio* rei deſiderabatur, vt de *poſſeſſione* rei conſtaret. Ait ICtus in *l. 36. D. de rei vind. qui petitorio iudicio vtitur, ne fruſtra experiatur, requirere debet, an is, cum quo inſtituit actionem, poſſeſſor ſit vel dolo deſierit poſſidere,* quia etiam hæc reſponſio ad præparandum iudicium pertinebat, quod abſque longis ambagibus expediendum erat.

Pœna mentientis.

§. VI. Tenebatur autem reus reſpondere, ſi probabiliter *de actoris* iure vel intereſſe conſtabat; ſi contumax erat, ſi mentiebatur, ſibi præiudicabat. Voluit prætor, ait ICtus *in l. 4. pr. de interrog. adſtringere eum, qui conuenitur, ex ſua in iudicio reſponſione, vt vel confitendo vel mentiendo ſeſe oneret, ſimul etiam portionis, pro qua quiſque heres extitit, ex interrogatione certioretur.* Poterat tamen reus petere ad deliberandum tempus, quia *ſi perperam* confeſſus erat, incommodo adficiebatur. *l. 5. in f. eod.* Contumax ergo eſſe poterat, dum vel α) *mentiebatur*, vel β) *tacebat*, vel γ) *obſcure et peruerſe reſpondebat.* Si *mentiebatur*, reſpondendo forſan creditoribus hereditariis, ſe heredem eſſe, ſic conueniebatur ac ſi heres eſſet: *fides enim ei contra ſe habebitur,* vt ait ICtus in *l. 11. §. 1. eod.* Quamuis itaque heres non eſſet, ſic tamen tenebatur, quaſi ex contractu obligatus foret, pro quo pulſabatur. *l. 11. §. 9. eod.* Requirebatur vero (I) *vt improbe reſpondiſſet l. 11. §. 7. in fin. eod.* Qui ex *iuſta ignorantia* de minori hereditatis parte, ignorans ſibi aliquid accreuiſſe, reſpondebat, cur ei reſponſum ſuum noceret? *l. 11. §. 3. eod.* Idem erat dicendum, ſi filius affirmauerat, *ſe heredem eſſe,* mox teſtamentum, de quo antea non conſtabat, proferebatur, in quo filius erat exheredatus, æquiſſimum erat, ei ſuccurri, ne a creditoribus conueniretur tanquam heres, *quod ea, quæ poſtea emergebant, auxilio indigerent. l. 11. §. 8. eodem.* Sic etiam qui iuſto

Requiſita, vt contumax mentiendo puniri poſſit.

Digitized by Google

iuſto errore ductus negauerit, ſe heredem, venia dignus, ſi vel maxime in aliqua culpa eſſet, niſi hæc dolo proxima foret. *l. 11. §. 10. et 11. eod.* (II) *Vt reſponſio naturæ rei eſſet apta et congrua.* Confeſſio, quam ius et natura recipere non poterat, non præiudicabat, quin potius inſulſa videbatur interrogatio; *l. 14. in fin. eod.* falſæ potius confeſſiones naturalibus conuenire debebant. *l. 13. pr. eodem.* (III) *Vt interrogatio actoris præceſſerit.* Huic ſoli mendax obligatus erat, non alii, vnde ſi ex pluribus creditoribus vnus alterue tantum interrogaſſet, his tantum ex ſua reſponſione tenebatur, non iis, qui in iure non interrogaſſent. *l. 22. D. eod.*

§. VII. Porro committebatur contumacia *tacendo*, id quod in ipſius præiudicium accipiebatur, vt pro confeſſo haberetur. *Qui tacuit quoque*, ait ICtus *in l. 11. §. 4. eod. apud prætorem, in ea cauſſa eſt, vt inſtituta actione in ſolidum conueniatur, quaſi negauit ſe heredem eſſe: nam qui omnino non reſpondet, contumax eſt: contumaciæ autem pœnam hanc ferre debet, vt in ſolidum conueniatur, quemadmodum ſi negaſſet; quia prætorem contemnere videtur.* In effectu hoc caſu pro *affirmante* habebatur, quod nec ICtus diffitetur; quamuis enim aſſerat, eum pro *negante* haberi, id tamen magis de *mentiente*, vel eo, qui *per mendacium negauit*, accipiendum eſt, *qui mendacii hanc pœnam ferebat, quod in ſolidum conueniretur. l. 11. §. 2. eod.* Breuiter *mentiens* et *contumax* in non reſpondendo pari afficiebantur pœna. Denique contumacia quoque committebatur *peruerſe* et *obſcure* reſpondendo. *Nibil intereſt*, ait ICtus *in l. 11. §. 7. eod. neget quis* per mendacium, *an taceat interrogatus* per contumaciam, *an obſcure reſpondeat, vt incertum dimittat interrogatorem*, cum *obſcure reſpondere*, et *nibil reſpondere* ſint

Pœna non reſpondentis,

vel peruerſe reſpondentis.

paria:

paria: ideoque pœna contumaciæ, antea expoſita, hic quoque locum habebat.

In primis interrogationes fiebant actionum perſonalium gratia.

§. VIII. Dixi has interrogationes fuiſſe *neceſſarias*, cum *in perſonam* agendum erat. Ait ICtus *in l. 1. pr. D. eod. Eſt autem interrogatio tunc neceſſaria, cum in perſonam ſit actio, et ita ſi certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte aduerſarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo, aliquid damni ſentiat.* Si exempla percurrimus, quæ cit. titulo adducuntur, vnice *actiones perſonales* repræſentant, vnde admodum probabile videtur, tantum eorum fuiſſe vſum *in perſonalibus action bus*, prout cenſet STRVV. *ex. 5. th. 41.* et FRANZK. *ad tit. de interrog. in iur. fac. num. 4.* Neque enim *in l. 20. §. 1. D. cit. tit.* actionis *realis* fit neceſſario mentio; de *creditoribus* æque commode intelligi poteſt, qui ob nomina ſua immiſſionem deſiderabant. Ait ICtus; *in iure interrogatus* a creditore, *an fundum poſſideat: quæro, an reſpondere cogendus ſit, et quota ex parte fundum poſſideat, reſpondi: Iauolenus ſcribit, poſſeſſorem fundi cogi debere reſpondere, quota ex parte fundum poſſideat, vt ſi minore ex parte poſſidere ſe dicat, in aliam partem, quæ non defenderetur, in poſſeſſionem actor mittatur.* Verba hæc vltima declarant hic primario agi de *creditoribus*, qui *abſentibus* vel *latitantibus* debitoribus ſolebant impetrare miſſionem in poſſeſſionem bonorum, ſi non ab alio defenderentur; ergo ex hac interrogatione conſtare debebat, vtrum et qua ex parte tertius debitoris bona poſſideret? Nihilominus tamen B. STRYKII ſententiam, quam *in V. M. tit. de interrog. §. 28.* tuetur, eſſe veriorem arbitror, 1) quia etiam *cit. l. 20.* commode intelligi poteſt de eo, qui *in rem* agere intendit, et nemo adſit, qui abſentem poſſeſſorem defendat: *l. 7. §. 17. D. ex quibus cauſſis in poſſ. eat.* 2) quia non minus in *realibus* neceſſitas inter-

Sed etiam in realibus vſum habebant.

terrogandi aderat, et ſic permiſſum erat eum, qui hereditatis petitione conueniendus, interrogare, vtrum pro poſſeſſore, an pro herede poſſideret, vt aiunt Imperatores *in l. 11. C. de hered. petit.* 3) Immo in *rei vindicatione* in vſu interrogationes fuiſſe, patet ex *l. 36. pr. D. de rei vindic.* vbi ita ICtus: *qui petitorio iudicio vtitur, ne fruſtra experiatur, requirere*, hoc eſt, interrogare *debet, an is, cum quo inſtituit actionem, poſſeſſor ſit, vel dolo deſiit poſſidere?* Contumaciæ pœna erat, quod reſpondens; *ſe non poſſidere*, de mendacio conuictus, amitteret poſſeſſionem; *l. fin. de R. V.* immo et *tacens* eandem ſubiret pœnam, quia *tacens* pro *doloſe negante* habebatur. *l. 11. §. 4. et l. 7. de interrogat. in iur.* Nec hoc negat ICtus *in l. 1. eod.* ſed de *frequentiori interrogationum vſu* loquitur, ſicut VLPIANVS *in l. 1. D. ad exhib.* actionem ad exhibendum maxime propter *vindicationes* ſeu *actiones reales* inductam eſſe fatetur, quamuis quandoque ad *perſonales* applicari poſſit.

§. IX. Verum fruſtra forſan hodie de his diſputamus, cum *interrogationum* harum nullus vſus supereſſe videatur, vel ipſo ICto, ſeu etiam TRIBONIANO, interpolatore, teſte *in l. 1. §. 1. de interrog. Interrogatoriis autem actionibus hodie non vtimur: quia nemo cogitur ante iudicium de ſuo iure aliquid reſpondere, ideoque minus frequentantur, et in deſuetudinem abierunt.* Erant *interrogatoriæ actiones*, (I) vel ipſæ *formulæ*, quibus actores in interrogationibus vtebantur, quæ ſæpe in iure *actiones* dicuntur, quod vel origo earum oſtendit, *l. 2. §. 6. D. de orig. iur.* quæ tempore TRIBONIANI non amplius in foro frequentabantur; vel (II) ipſæ actiones, quibus ob *reſponſionem* reus pulſabatur, et ſic tenebatur, *quaſi ex contractu ille obligatus eſſet, pro quo pulſabatur*, *l. 11. §. 9. de interrog. in iur. fac.* adeoque non erant

Quæ interrogationes ante L. C. faciendæ abrogatæ ſunt.

 no-

nouæ actiones, ſed illa ipſa remedia, quæ ex contractu, quo defunctus obligatus fuerat, deſcendebant, quia ſecundum ſuam reſponſionem iudicabatur, atque ex *reſponſione* rei nouam qualitatem accipiebant in formula actionis forſan expreſſam. Neque hæc tempore TRIBONIANI amplius vſum habere poterat, quod *ante iudicium* ſeu *litem conteſtatam* nemo de iure ſuo reſpondere teneretur. Interim interrogationes non prorſus exoleuiſſe, addit TRIBONIANVS *in cit. l.* I. et, *ſed ſolummodo*, ait, *ad probationes litigatoribus ſufficiunt ea, quæ ab aduerſa parte expreſſa fuerint apud iudices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in cauſſis vertuntur.* Senſus eſt: ſine *interrogationibus* hodie, quo pœna plus petitionis non amplius metuenda eſt, directo actio quidem mouetur; aſt poſt *litem conteſtatam*, quæ *generalibus verbis* iure Romano fieri poterat, ad *probationem* inſtruendam interrogari poteſt reus ſpecialius de circumſtantiis, cum *vbicunque iudicem æquitas mouerit, æque oportere fieri interrogationem dubium non ſit*, vt ait VLPIANVS *in l.* 21. *D. eod.* id quod intelligendum, ſi coram *indice pedaneo* iam lis pendebat, et apud eum interrogationes fiebant, quo caſu vrgeri poterat, vt *ſpecifice* reſponderet *l.* 6. §. I. *de confeſſ.* Quæ tum ab aduerſa parte expreſſa per reſponſionem *fuerant apud iudices* pedaneos, ad probationem eis proficiebant, cum confeſſa haud ſint probanda, *l.* 6. §. 2. *de confeſſis*, ſed iudicato æquiparentur. *l.* 3. *in f. eod.* De *praxi* forſan maior ratio eſt dubitandi, vt patet ex iis, quæ B. THOMASIVS *in notis ad tit. de interrog.* adduxit, quamuis B. STRYKIVS *in V. M. ad cit. tit.* §. 12. vſum *interrogationum* adhuc in foro eſſe adſtruat. Equidem in Saxonia alibique, vbi *ſpecifica* et *certa* requiritur litis conteſtatio, vel ideo *interrogationum* nullus videtur vſus, quod ex ipſa litis conteſta-

Sed non poſt L. C.

an in Praxi?

teſta-

teſtatione mox appareat, quid neget, quidue fateatur reus? quamuis *in punctis incidentibus* vſus quidam adeſſe poſſit, ad minimum, vt pars aduerſa ſuam de iis mentem declarare teneatur, vt infra oſtendam. Alibi, vbi vel confuſa vel non adeo diſtincta litis conteſtatio præciſe deſideratur, quamuis iuxta *R. I. de anno 1654.* merito vbique ſpecifice fieri deberet, maiorem vſum habere debet, et re vera habet, id quod vel *poſitiones* indicant, quæ ex his interrogationibus originem trahunt, vt iam oſtendendum eſt.

Poſitiones ex interrogationibus antiquis originem duxere.

§. X. Obſeruaui iam, olim litis conteſtationem in ſola *generali contradictione* ſubſtitiſſe, *l. 16. §. 1. C. de iudic.* quæ cum *indefinita* erat, nec demonſtrabat, quid *ſpecifice* reus negaſſet, quidue affirmaſſet? *interrogationes* ab auctore coram iudice pedaneo fiebant, ad probationem inſtruendam, vt §. *antec.* dictum eſt, et ex *l. 20. D. de interrogat.* liquet. Nec poſtea, vbi ius Romanum rurſus ad fora reuocatum eſt, ſpecialior *litis conteſtatio* deſiderata fuit; permanſit generalis reſponſio: *nego narrata, prout narrantur*, quod admodum onus probandi aggrauabat. Inde *interrogationes* ad inſtantiam actoris fiebant, quibus *generalis* rei *reſponſio* declarabatur. Ni me omnia fallunt, INNOCENTIVS III. *in c. 6. X. de iuram. calum.* ſatis euidenter hoc innuit, aiens: *Petitionem ipſius Archiepiſcopi per procuratorem eius fecimus exhiberi, et ad eam alteram partem reſpondere,* (ita litis conteſtatio facta erat, quæ eodem auctore *in c. 54. X. de elect.* per *petitionem et reſponſionem factam* inducitur) *ac ita interrogationibus et reſponſionibus reductis in ſcriptis* (ſeu poſitionibus et reſponſionibus ſubſecutis, in ſcriptis poſt L. C. oblatis) *et lite coram nobis* (hoc modo) *pleniſſime* (hoc eſt ſpecialiſſime, cum interrogationes et reſponſiones maxime in hunc finem fierent,)

fierent,) *conteſtata, fecimus iuramentum calumniæ ab ipſis procuratoribus vtrumque præſtari.* Hunc ordinem ſeruabant ſeculo XIII. et quidem ex iure Romano, quo intorrogationes ante L. C. ſublatæ, et poſt eam reiectæ erant, adeoque hæc præmittebatur, et poſitiones demum poſt illam offerebantur. Hac de cauſſa Pontifex *in c. 54. X. de elect.* et *c. vn. X. de lit. cont.* cenſet, *litis conteſtationem non fieri per poſitiones et reſponſiones ad eas,* quippe quæ præſupponunt, litem iam conteſtatam eſſe, quod eo tempore *generali contradictione et reſponſione* fieret, ad præmiſſam *petitionem c. 2. X. de ordin. cognit.* Optime hanc veterum praxin declarat ICtus ſeculi XIII. TANCREDVS, quam ex eiuſdem doctrina illuſtraui *in iur. eccleſ. Proteſt. lib. II. tit. 5. §. 8. ſqq.*

Nec hodie poſitiones vbique ſublatæ ſunt.

§. XI. Poſtquam vero litis conteſtatio ſpecialis reis imperata eſt in *nouiſſimo Receſſu Imp.* et variis aliis ordinationibus proceſſuum, vſus harum interrogationum et reſponſionum non adeo amplius neceſſarius fuiſſe videtur, ex eaque cauſſa in Saxonia, Ducatu Magdeburgico, aliisque locis ſublatæ ſunt. Non tamen prorſus excluſæ ſunt in *R. I. cit.* cum in §. 41. expreſſe dicatur: Dieweil aber auch die Beſchleunigung der probationen von den articulis und denenſelben vermittelſt Eydes *dandorum et reſpondendorum* beſchehene Antwort dependiret; ſo wird der Gebrauch ſolcher Articuln und Antwortungen, doch nicht, wie bißhero ohne Unterſcheid, ſondern allein auf die aus dem Klag-libello gezogene probatorial-Articul, daran der Sachen Subſtanz und Haupt-Weſen hänget, und zwar ohne Verſtattung ſonderer Terminen, wie auch mit Abſchneidung der peremtorialien, eliſiv und additionalien denen Partheyen, ſo es begehren werden, bevor behalten.

Vſus earum.

Quamuis enim iuxta §. 37. *d. Rec.*

Rec. ſpecifica et ad ſingula litis momenta directa reſponſio in L. C. deſideretur, non tamen poſitionum vſus omni vtilitate carere viſus fuit. Ex praxi Saxonica vicinorumque locorum res manifeſta eſt. In his foris ſpecifica litis conteſtatio requiritur, ſed quia ſine vllo iuramento reſpondent, impune mentiuntur, eaque negant temere, quæ vix ab homine ſanæ mentis in dubium vocari poſſunt, quo onus probandi, actori imponendum, augeant. Negant ipſam cognationem, affinitatem, fraternitatem; ignorantiam in rebus claris profitentur, et vix eſt, vt non etiam ſolis ortum et occaſum negent. Ad hæc mala auerruncanda poſitiones admodum vtiles ſunt, quibus conſcientia rei conſtringitur, vt ſub *iuramento reſpondendorum* reſpondeat, quo tot manifeſta mendacia euitantur. MICHALOR *de poſit. c. 23. n. 7. p. 39.*

§. XII. Vti vero olim in *interrogationibus*, ita hic quoque poteſt contumacia committi vel *doloſa negatione* vel *taciturnitate* vel *peruerſa reſponſione*. Qui doloſe negat contra iuramentum præſtitum, periurium committit, et eo magis puniri poteſt, cum etiam Romani, *ſimplex mendacium* impunitum haud eſſe relinquendum, iuſte crederent, et ex *auctoritate iudiciorum ſanctiſſima* primariam rationem deducerent. Non ergo noſtra iudicia mendaciorum et periuriorum debent eſſe aſyla, aut ſanctitate illa deſtitui, quam DEVS ipſemet iis deberi cenſuit; ſed potius læſa iudiciorum maieſtas ſeuerius vindicanda, et periuria arbitrarie punienda, vti recte cenſuit MICHALOR *cit. l. c. 41.* Qui per *contumaciam* non vult reſpondere, pro confeſſo et conuicto habetur. *l. 11. §. 4. D. de interrog. in iur. fac.* Rotunde pontifex *in c. 2. de confeſſ. in 6.* hanc pœnam contumacibus imponens, ait: *Si poſt præſtitum*

Pœna doloſe negantis,

vel non reſpondentis.

veritatis aut calumniæ iuramentum reus vel procurator ipſius, poſitionibus ab aduerſario ſibi factis, interrogatus iuſſusque a iudice reſpondere, abſque rationali cauſſa recuſet aut nolit, ſeu contumaciter ſe abſentet, haberi debet ſuper iis, de quibus in eiuſdem poſitionibus interrogatus extitit, pro confeſſo.

Requiſita vt pro confeſſo et conuicto contumax habeatur.

§. XIII. Vt tamen huic pœnæ locus ſit, exigitur: I) *vt ſuper reſponſione decretum iudicis interuenerit.* Si antequam reſpondere ſic iuſſus, ſe contumaciter abſentauerit, *tunc pro confeſſo non debet haberi*, ait Pontifex, *cit. l. ſed eſt alias contra eum tanquam contumacem (prout ratio dictauerit) procedendum.* Nudum *decretum* iudicis, ei debito modo inſinuatum, deſideratur, nec vt iudex *perſonaliter* aut *immediate* iubeat, neceſſe, eſt, vt recte MICHALORIVS *cit. tr. c. 61. n. 5.* cenſet. Interim quæ ſit huius differentiæ ratio, non adeo apparet. Qui iuſſus non reſpondet, contumax eſt in *non reſpondendo*, ſtatimque pro *confeſſo* haberi debet: cur vero non æque is, qui poſt oblatas poſitiones contumaciter abeſt, vel plane ſe abſentat, quo caſu in non comparendo contumax eſt, et *per indirectum* reſponſionem declinat; immo ideo ſe abſentaſſe videtur, vt non reſponderet, quippe qui ſcire potuit debuitque, ſibi reſponſionem more recepto impoſitum iri. Verum ratio diuerſitatis ex ſequenti requiſito apparebit. Scilicet II) requiritur, *vt reſpondere iuſſus ſit ſub pœna confeſſi et conuicti.* Explicite quidem huius comminationis mentionem non facit Pontifex in *cit. c. 2.* huc tamen reſpexiſſe videtur, iudice B. STRYKIO *in V. M. ad tit. de interr. in iure fac. §. 77.* in verbis: *reſpondere ſic iuſſus fuerit*, quia etiam ipſa ratio diuerſitatis inde petenda eſt. Si nondum per *decretum* ſub *pœna confeſſi et conuicti* reſponſio ipſi imperata eſt, nec poteſt pro *confeſſo* haberi, id quod fit, vbi ante decre-

cre-

Digitized by Google

cretum ſeſe abſentauerit, vbi ex *praxi iuris canonici* potius miſſio in *bona abſentis* decernenda, vt ex *c. 5. vers. in aliis vero X. vt lite non conteſt.* et *t. t. X. de eo, qui mittit in poſſeſſ.* liquet, vel iuxta *c. 4. X. de dol. et contum.* proceditur. Eiuſmodi autem *abſentia* deſideratur, vt, vbi latitet, ignoretur. Si tantum non comparet, in loco tamen præſens eſt, hodie poteſt citari ad *publicationem decreti*, in quo ipſi reſponſio ſub pœna *confeſſi* vel *conuicti* iniuncta eſt. Hoc facto, ſi in termino non comparet, fit *publicatio decreti* in contumaciam, et vigore eius poſtea ſub pœna confeſſi et conuicti citatur, eique citatio hæc rite inſinuatur, quo facto etiam pro confeſſo haberi poteſt. III) Porro ipſe *principalis* ſub hac comminatione eſt citandus, non procurator, qui ad reſpondendum haud obligatur. MICHALOR *de poſit. c. 65.* et *c. 61. n. 11.* Si procurator ad reſpondendum citatus eſt, ſiue reſponderit, ſiue non reſponderit, principalis pro contumace haberi nequit, cum in ipſa *citatione* vitium ſit, niſi *ſpecialiſſimum* habeat mandatum, quo inſtruitur procurator ſpecifice, quomodo ad ſingulas poſitiones reſpondere debeat, quamuis hoc modo ipſe principalis reſpondere videatur. MICHALOR *cit. l. n. 17.* IV) *Vt præcedente tali decreto legitime ad reſpondendum citatus ſit.* Sola citatio ad reſpondendum ſub tali comminatione abſque decreto non ſufficit. B. STRYK. *cit. l. §. 78.* Præcedenti tali decreto ſeu *iuſſu* iudicis vel *vnica* ſufficit citatio, quæ *peremtoria* eſt, propter comminationem adiectam, non duæ neceſſariæ ſunt, vti cum SVRDO arbitratur MICHALOR *cit. c. 61. n. 51.* V) Audiendus quoque reus ſuper poſitionibus, adeoque deſideratur, *vt nullas habeat exceptiones, quibus reſponſionem declinare queat*, quem in finem poſitiones cum eo ſunt communicandæ. HARPRECHT

conſ.

conſ. 55. n. 239. Quæ ſi reiectæ, et nihilominus reſponſio iniuncta, reſpondere cogitur. B. STRYK. *cit. l.* §. *77. in fin.* Sunt enim cauſſæ, in quibus poſitiones admittere nolunt, in primis in matrimonialibus, quamuis ſine ratione id in dubium vocetur, vt plenius oſtendi *in iur. eccl. proteſt. lib. II. tit. 5.* §. *12.* VI) In termino ponens præſtare debet *iuramentum dandorum* et contumaciam rei reſpondere nolentis accuſare, MICHALOR *cit. l. n. 17.* Denique VII) deſideratur *ſententia declaratoria.* Vbique enim in caſu contumaciæ ſententia ferenda, et pœnæ declaratio facienda, licet *ipſo iure* ſuo iure priuetur. HARPRECHT *cit. l. n. 239.* MICHALOR *cit. tr. qu. 46.* Nec *moræ purgatio* admittenda videtur, ſi ante ſententiam *declaratoriam*, ſed poſt terminum reſponſioni præfixum, reſpondeat, quia *peremtorie*, ſub *pœna confeſſi et conuicti*, citatus fuit, cuius effectus, vt ipſo iure cadat iure ſuo, et alteri ius quæſitum acquiratur. MICHALOR *cit. tr. c. 47. n. 3. ſeqq.*

An in cauſſis beneficialibus et matrimonialibus pœna confeſſi et conuicti decerni queat?

§. XIV. Quamuis vero antea monuerim, in cauſſis *matrimonialibus*, et ſic etiam *beneficialibus* aliisque *iura eccleſiaſtica* concernentibus poſitiones admitti, tum quia hic quoque ſpecifica rei reſponſio neceſſaria eſt, tum etiam quia hæ cauſſæ iuramenta *malitiæ* admittunt, qualia re vera ſunt iuramenta *dandorum* et *reſpondendorum*, HARPRECHT *conſ. 55. n. 195. ſqq.* alia tamen quæſtio eſt, an hæc *pœna* quoque in iis decerni poſſit, quod de *beneficialibus cauſſis* negat MICHALOR *cit. tr. c. 61. n. 19. p. 85.* et multo magis negandum videtur de cauſſis matrimonialibus. Videlicet aut de ſolis *ſponſalibus*, aut de *ipſo matrimonio* contenditur. Si de illis in conſiſtorio diſceptatur, reusque negauit ſponſalia, actrix vero poſitiones offerat, non dubium,

Digitized by Google

bium, quin reus poſſit pro confeſſo haberi, maxime cum ita ad ſponſaliorum conſummationem ſententia tendat. Verum idem quoque dicendum arbitror, ſi ſponſa agat ad *diſſolutionem ſponſaliorum* ex cauſſis nouiter emergentibus, et ſponſus reſpondere nolit: nam in ſponſalibus non eſt vinculum adeo indiſſolubile, vti quidem in matrimonio, *c. 2. X. de ſponſal.* adeoque non dubium, quin in contumaciam rei diſſolui poſſint, dum ipſemet pro *confeſſo et conuicto* declaratur. Noui, quæ in contrarium hic obiici ſolent, quæ argumenta etiam contra *iuramentum iudiciale* valent, plenius examinata *in iur. eccleſ. prot. tit. de iureiur.* §. *60. ſqq.* quæ hic reguſtare nolo. Vbi de *matrimonio diſſoluendo* agitur, grauior forſan diſpectio eſt, *an contumax in non reſpondendo poſſit pro confeſſo et conuicto haberi?* Ratio dubitandi eſt, quod in hac cauſſa requiratur luce meridiana clarior probatio, immo hæc cauſſis *criminalibus* æquiparetur, qua de cauſſa iuramentum quoque contra matrimonium non admittitur. Interim in Saxonia aliisque locis litis conteſtatio ſub hac pœna in his cauſſis imponi poteſt, et contumax *pro confeſſo* declaratur; quidni ergo etiam in poſitionibus extra Saxoniam? Si reus comparet, ſi litem conteſtatur negatiue, vtique non per delationem iuramenti aut *relationem*, ſed euidentioribus probationibus cauſſa *diuortii* eſt demonſtranda. Si autem prorſus non reſpondet, ſub pœna *confeſſi et conuicti* ad reſpondendum vel *libello* vel *poſitionibus* citatus, ſe ipſum condemnat, et fateri cauſſam videtur; in confeſſum autem non aliæ ſunt iudicis partes, quam vt condemnetur. In criminalibus quoque, ſi excipias cauſſas ſanguinis, tranſigens pro confeſſo habetur *l. 18. C. de tranſact.* cur ergo non etiam contumax? Denique in *beneficialibus* quoque contumax in ſui præ-

Quid ſi ad matrimonium diſſoluendum agatur.

iudicium pro confeſſo haberi poteſt, ſed non *eccleſiæ*, quæ contumax non fuit, cui ne quidem prælati confeſſio nocet, quin potius aduerſus eam reſtitui poteſt in integrum. *c. 2. de reſtit. in integr. in 6.*

Pœna peruerſe reſpondentis.

§. XV. Denique contumacia committitur, ſi *peruerſe* reus poſitionibus reſpondet, vt ex illis, quæ §. *VII. in f.* dicta ſunt, colligi poteſt. Categorice et ſimpliciter ſeu pure regulariter reſpondendum, ceu ex *R. I. de anno 1654.* §. *49.* liquet, vbi ſimul *pœna contumacis* ſeu *non recte reſpondentis* adiicitur: **Wann nicht** ſingulariter ſingulis **durch das Wort: wahr oder nicht wahr, ſo viel ihre eigene Geſchichte betrift; ſo viel aber fremde Geſchichte belanget, durch das Wort: Glaube wahr oder nicht wahr ſeyn, ohne allen Anhang, er habe Nahmen wie er wolle,** *pure et ſimpliciter*, **lauter und richtig geantwortet worden, alsdann der oder diejenige Articul für gerichtlich geſtanden, auch die** reſponſiones pro puris **angenommen, und der andere Theil zu keinen fernern Beweiß gehalten ſeyn ſolle.** Reiiciuntur ergo *appendices*, reſpondentique nihil proſunt, ſed reſponſio pro *ſimplici confeſſione* accipitur. Caueat interim actor, vt etiam poſitiones *ſimplices*, h. e. quæ non conſtant diſtinctis membris, exhibeat, alioquin reus non prohibetur reſpondere cum hac appendice: **Sage geſetzter maſſen nicht wahr ſeyn**, qui alterum membrum verum, et alterum falſum eſſe poteſt. Indultum tamen eſt iudici hoc caſu, vt pro abbreuianda lite ipſemet *interrogationes* diſtincte et ſpecifice facere poſſit, quo actori onus probandi eo rectius imponere queat. Colligo hoc ipſum ex *R. I. c. l.* §. *41.* vbi ita: **Wie dann auch dem Richter das** arbitrium **auf ein oder den andern oder auf alle Puncte die Antworten in jeden Theil des Gerichts** (quod con-for-

ſi modo poſitiones recte formatæ.

Quale hic officium iudicis?

forme eſt *l. 20. D. de interrog. in iur. fac.*) zu fordern frey und unbenommen bleibet. Quodſi itaque hoc caſu contumax in *non reſpondendo* foret, non dubium eſt, quin, prout ſupra dictum eſt, etiam ſub pœna *confeſſi et conuicti* a iudice hoc ipſi *ex officio* iniungi poſſit: iudicis enim eſt, dirigere proceſſum, et ea remedia, quæ ad accelerandam iuſtitiam et rei exitum faciunt, adhibere; ſed vtinam ea adhiberent! Leges non deficiunt; applicatio vt plurimum deficit, vel ob iudicis negligentiam, vel quandoque etiam ob imperitiam.

§. XVI. Hæc ſtatim doctrinæ de *interrogationibus* ſubiicienda fuere, quia ex illis vſus *poſitionum* fluxit: alioquin ante eas merito *litis conteſtationis* ratio explicari debuiſſet, qua peracta, demum *poſitiones* ſequuntur. Pergo itaque ad *litis conteſtationem*, per quam olim iudicium ordinari dicebatur, *l. 7. D. de petit. hered. l. 19. D. ſolut. matrim.* hoc effectu, vt reus liti ſe commiſiſſe, et quaſi contraxiſſe diceretur, de *iudicato ſoluendo*, ſi poſtmodum contra ſe iudicatum fuerit. *l. 3. §. 11. D. de pecul. Lis autem tunc conteſtata dicebatur*, vt vtar verbis *l. 1. C. de lit. conteſt. cum index per narrationem negotii cauſſam audire cœpit.* Qualis autem *narratio* deſideretur, diſtincte in *l. 14. §. 1. C. de iudiciis* oſtenditur, h. e. quæ continet *narrationem propoſitam* a parte actoris, *et contradictionem obiectam* a parte rei. Pontifex in *c. 54. X. de elect.* et *c. vn. X. de lit. conteſt.* eam conſtitui aſſerit in *petitione in iure propoſita, et reſponſione facta.* Breuiter: potiſſimum in *reſponſione* ad *petitionem actoris* ſeu *libellum*, animo litem conteſtandi facta, litis conteſtatio conſiſtit, vt ipſe Pontifex in *c. 1. et 2. X. de lit. cont. in 6.* innuit, docetque primario eam ad reum pertinere, adeoque et CARPZOV. *de proc. tit. 10. art. 2. n. 1. ſeq.* eam

In litis conteſtatione quoque reſponſio deſideratur.

definit, quod *ſit rei ad libellum actoris reſponſio*, qua de cauſſa omnino quoque ad præſens thema pertinet. Aliter autem *olim*, aliter *hodie* facienda eſt. Olim, vt aliquoties monui, *generalis contradictio* ſufficiebat, ich bin der Klage nicht geſtändig, *peto me abſolui*; qui modus etiam olim paſſim per Germaniam obtinuit, maxime ante *R. I. de anno* 1654. teſte MARTIN. *ad Proc. Saxon. tit.* 16. §. 1. *n.* 55. immo teſte ipſa experientia hodierna, quæ rudera antiquæ praxeos Germaniæ adhuc paſſim oſtendit. Primum in Saxonia antiquus mos reſpondendi emendatus, partibusque iniunctum eſt, vt *ſpecifice, et clare ad ſingula libelli capita* reſponderent, maxime in proceſſu *ordinario*, qui *ſolemnem reſponſionem* deſiderat, CARPZOV. *in proc. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 25. quod introductum eſt ad varia incommoda præcauenda, quæ ex *generali et confuſa L. C.* oriri poſſunt. Idem poſtea conſtitutum in *R. I. de anno* 1654. §. 37. et cautum, vt reſponſio fieri debeat *ſpecifice* und auf jede puncta mit allen ſeinen Umſtänden. Idem repetiere variorum locorum ordinationes proceſſuum, in ſpecie die Calenbergiſche Canzley-Ordn. *tit.* 14. §. 4. *tom. II. Conſtitut. Brunſuicenſ. p.* 280. und damit man eigentlich ſehen könne, was von dem Beklagten geſtanden oder nicht geſtanden worden, ſo ſoll die litis conteſtatio auf alle und jede Haupt-Puncte der Klage und deren angeführte Umſtände deutlich und in ſpecie mit kurzen klaren Worten geſchehen, und durch ſolche ſpecification der Krieg Rechtens befeſtiget ſeyn. Immo poſtquam *generali lege imperii publica* hoc conſtitutum eſt, vbique *ſpecifica* litis conteſtatio facienda eſſet, id quod tamen in multis locis adhuc, cum magna iuſtitiæ protelatione, negligitur. In plurimis iudiciis enim ſtatim loco *litis conteſtationis* exhibere ſolent die exception-Schrift, in qua *confuſe* reſpondent, circumſtantias plures nouas rete-

In plurimis locis hæc diſtincte facienda et ſpecifice.

referunt, easque plenius deducunt, et quod magis eſt, ſtatim eas per documenta probare intendunt; addunt iurium notoriorum cumulum, eorum pleniorem deductionem, vt paginæ modo impleantur, et ſic cum reſponſio deberet fieri *ſpecifice* **mit kurzen klaren Worten**, vt in *ordin. Calenberg* adducta dicitur, et exceptiones peremtoriæ poſtea ei addi, *reprobationem* cum ea commiſcent, et, quod poſt eam ſuo tempore fieri debuiſſet, ſtatim ſuſcipiunt, quo ipſo *ordo rerum* admodum confunditur.

§. XVII. Eſt autem litis conteſtatio vel *pura* vel *euentualis.* Hanc ius ciuile ignorat, quo *dilatoriæ exceptiones* ante L. C. excutiendæ erant, nec, eis non excuſſis, illa ſuſcipi debebat. B. STRYK. de *euent. litis conteſt. l. 5.* Praxis eius nouo iure Germaniæ inualuit, poſtquam in *R. I. de anno* 1570. §. 89. expreſſe cautum: Wenn der Kläger ſeine articulirte Klage eingebracht, ſoll Beklagter in zweiten Termin ſeine declinatorias oder andere exceptiones, dadurch das Recht differiret, und die Krieges-Befeſtigung verhindert werden ſoll, zu produciren, daneben in ſcriptis litem euentualiter, oder aber, da dergleichen Einreden keine bevor, litem pure zu conteſtiren etc. Idem confirmatum in *R. I. de anno* 1654. §. 40. *iure* Saxonico, Magdeburgico, aliisque pluribus ordinationibus proceſſuum B. STRYK. *cit. l.* §. 9. Eſt itaque litis *conteſtatio euentualis*, quæ in eum euentum fit, ſi vel dilatoriis exceptionibus ſatisfactum, vel illæ prorſus reiectæ fuerint, vt *pœna contumaciæ* euitetur, quam alias reus ſubire debet, ſi illa euentualiter iuxta leges haud fuerit facta, de qua agit CARPZOV. *in proc. tit.* 10. *art.* 6. et infra plenius agendum eſt.

Euentualis iure ciuili ignoratur, iure nouo introducta eſt.

§. XVIII. Toties vero contumacia hic committitur, quoties I) reus plane ad libellum non reſpondet *euentualiter*, II) vel non *debito modo* reſpondet, vel III) non *debito tempore.* Primus

Contumacia in L. C. fit tribus modis, 1) Si non re-

 modus

ſpondet euentualiter; modo de fori competentia conſtet.

modus, quo reus dicitur contumax, eſt, ſi reus *euentualiter* litem haud conteſtatur, ſed vel prorſus tacet, vel in ſolis dilatoriis vagatur. In ipſa *contumacia* ante omnia 1) conſtare debet de *competentia iudicis. Contumaces enim non videntur, niſi, qui, cum obedire deberent, non obſequuntur, id eſt, qui ad iuriſdictionem eius, cui negant obſequi, pertinent*, vt recte philoſophatur ICtus *in l.* 53. §. 3. *D. de re iudic.* Impune non paretur iudici, vltra ſuam iuriſdictionem ius dicere tentanti, *l. f. D. de iuriſdict. l.* 3. *d. offic. præſ.* et ſic quoque iuſte reſponſionem denegat. Recte MEVIVS *P. IV. deciſ.* 6. *n.* 13. cenſet: *Exceptio fori non competentis iudicii declinatoria eſt, nec, antequam de iuriſdictione conſtat, reus reſpondere poteſt aut tenetur.* Hac de cauſſa exceptio *fori declinatoria* ſtatim ante litem conteſtatam eſt opponenda, *l. f. C. de except.* et quidem in primo termino, CARPZ. *lib. II. reſp.* 9. MEV. *P. I. deciſ.* 131. ante ceteras exceptiones dilatorias, quia, hac probata, ceteræ per ſe corruunt. Qui liti coram incompetente iudice ſe immittit, ad libellum reſpondet, et litem conteſtatur *decenter*, ſibi præiudicat, et huic exceptioni renunciaſſe cenſetur, id quod ſingulis reis permiſſum eſt. *Si ſe ſubiiciant,* ait ICtus *in l.* 1. *D. de iudic. aliqui iuriſdictioni et conſentiant, inter conſentientes cuiuſuis iudicis, qui tribunali præeſt, vel aliam iuriſdictionem habet, eſt iuriſdictio*, conf. *l.* 14. *et* 15. *D. de iuriſd.* Modo ſciant, ſe non eſſe ſubiectos iuriſdictioni eius, et tamen in eum conſentiant: error enim litigatorum non habet conſenſum. *l.* 2. *pr. de iudic.* Nec hic excipiuntur clerici de iure ciuili, *l.* 51. *C. de Epiſc. et cler.* id quod tamen Pontifex, ex friuolis quamuis cauſſis, reprobauit in *c.* 12. *X. de foro compet.* quod proinde inter Proteſtantes haud eſt admittendum, vt *in iur. eccleſ. proteſt. tit. de for. compet.* §. 40. *ſeqq.* obſeruaui.

§. XIX.

Digitized by Google

§. XIX. Antequam ergo reus reſpondeat, ante omnia hæc quæſtio *præiudicialis* eſt diſcutienda, et quidem ab ipſo iudice, ad quem reus citatus eſt. Ait ICtus in *l.* 5. *D. de iudic. Si quis ex aliena iuriſdictione ad prætorem vocetur, debet venire, vt et Pomponius et Vindius ſcripſerunt: prætoris enim eſt æſtimare, an ſua ſit iuriſdictio; vocati autem, non contemnere auctoritate prætoris.* Equidem ſi euidentiſſima eſſet incompetentia, ne quidem comparere reus, et hanc exceptionem opponere tenetur; quia tamen vt plurimum dubia eſt, et cognitionem requirit, ſecurius eſt, vt eam reus opponat. Eſt autem *reſponſio* rei, vt dixi, vel *pura* vel *euentualis*; hæc hodie in plerisque locis deſideratur, quoties quis dilatorias opponit, adeoque non ſine ratione quæritur, an non, tali exceptione oppoſita, ad minimum *euentualiter* reſpondere et litem conteſtari teneatur? In *iure elect. Saxonico tit.* 11. §. 2. quæſtio hæc deciſa, et reus ab euentuali L. C. ſeu reſponſione liberatus eſt, es hätte dann einer ſo anſehnliche *declinatorias* vorzuwenden, daß ſie, ob er bey denen Gerichten, dahin er citiret, zu ſtehen ſchuldig, einen billigen Zweifel verurſachen können, auf welchen Fall er die litis conteſtation, bis über denen diclinatorien erkant, einſtellen mag. In *R. I. de anno* 1654. §. 37. itidem euentualis litis conteſtatio iniuncta eſt reo, adiecta tamen hac clauſula; doch hievon die declinatorien fori ausgeſchieden. Quodſi tamen valde illiquida et improbabilis altiorisque indaginis hæc exceptio videtur, tutius eſt euentualiter litem conteſtari, *cum facta quoque reſponſione ad libellum, a quo quis liberari poſſit, ſed, non facta litis conteſtatione, ab expenſis æque liberari vix queat*, vt ait B. STRYK *de euent. litis conteſt.* §. 13. *in f.* ſi exceptio hæc poſtmodum reiiciatur, tanquam minus fundata. Breuiter: qui euentualiter reſpondet, ſibi non

De fori competentia cognoſcit iudex, qui reum citauit.

Nec reus interim tenetur litem euentualiter conteſtari;

non præiudicat: qui non reſpondet, in ea cauſſa eſt, vt tanquam contumax in expenſas condemnari poſſit.

modo quoque reus nullas alias declinatorias exceptiones habeat,

§. XX. Præterea (II) neceſſe eſt, *vt reus nullas alias fori declinatorias exceptiones habeat, quibus ſe a reſpondendo liberare poſſit.* In genere hoc ius datum eſt exceptionibus *declinatoriis,* vt impediant *litis conteſtationem euentualem,* quorſum pertinet (I) exceptio *litis* alibi *pendentis c. 19. X. de for. compet.* quæ naſcitur ſtatim, poſtquam reus alibi iam citatus, et citatio ad eum legitime peruenit, *clem. 2. vt lit. pendent. nihil innou.* cum nemo coram duobus iudiciis de eadem re contendere debeat. Si citatio illegitima eſt, vel circumducta, nullum habet effectum. *c. 20. X. de offic. et pot. iud. deleg.* (II) *Suſpecti iudicis,* cuius forum declinari poteſt mediante iuramento *perhorreſcentiæ.* (III) Exceptio *primæ inſtantiæ,* quorſum etiam prouocatio ad *forum Auſtregarum* ſpectat, niſi aliunde prima inſtantia declinari poſſit vel ob *priuilegium,* quod habent miſerabiles perſonæ, vel *ob aliam cauſſam,* veluti ſi plures litis conſortes in diuerſis territoriis degentes coram omnium ſuperiore conueniuntur. *t. t. D. ex quib. cauſ. ad eund. iud. eat.* Huc etiam referri poſſunt illæ exceptiones, quæ nondum actionem inſtitui poſſe docent, vt ſi quis ante tempus agit, ſi reus *moratorium reſcriptum* impetrauit, quo caſu fundata eſt (IV) *exceptio nondum competentis actionis,* qua oppoſita, vt recte ait B. STRYKIVS *de euent. lit. conteſt. §. 15. in f. ſuperuacuum foret litem conteſtari, antequam reſpondere quis ad deſideria teneretur.* Quodſi tamen hæ exceptiones *friuolæ* iudicatæ fuerint, contumacia non reſpondentis punitur refuſione expenſarum; immo iuxta *R. I. de anno 1654. §. 40.* contumax etiam in *multam pecuniariam* poteſt condemnari, vt ex his verbis conſtat: **Hingegen wenn die Un-**

niſi friuole oppoſitæ fuerint.

erheb-

erheblichkeit der vorgebrachten verzüglichen Einrede ſoweit befunden würde, daß ſie allein zu vorſezlichen und muthwilligen Aufſchub der Hauptſache eingewendet worden, alsdann der Beklagte in etliche Marck Silber condemniret werden ſoll. Proinde tali in caſu videndum, vtrum, qui *declinatorias exceptiones* opponit, *probabili* fundamento nitatur, an *friuole* et maleuole illas oppoſuerit? *Illo* caſu a pœna contumaciæ liberatur, cum non ſit temerarius litigator; et ſimpliciter litis conteſtatio iniungitur: *hoc* vero pœnam contumaciæ ferre debet.

Reus quoque nullas exceptiones peremtorias habere debet.

§. XXI. Requiritur vlterius (III) *vt nullis ſit munitus exceptionibus peremtoriis, quæ litis ingreſſum impediunt*, quippe quæ *litis conteſtationem impedire* dicuntur, *c. 2. de lit. conteſt. in 6.* veluti ſi reus excipiat de re iudicata, tranſacta vel aliter finita *c. 1. eod. in 6.* vel alias exceptiones obiiciat, quæ *ipſo iure* tollunt actionem, vt oſtendi in *iur. eccl. prot. lib. II. tit. 25. §. 10.* Etiam in iure Saxonico per *deciſ. nouiſſ. 14. in f.* hoc caſu reis remiſſa eſt *euentualis litis conteſtatio*, ſed ſub hac conditione: Welche ohne fernere Ausführung alſobald in continenti aus producirten Original-Acten und Urkunden, oder des Gegentheils eigenem Bekäntniß darzuthun, iedoch beydes in erſten Termin. Auf ſolchen Fall, additur, ſoll Beklagten die litis conteſtation, bis über denen iztgedachten exceptionen erkant, einzuſtellen nachgelaſſen ſeyn, etc. In *ordin. proceſſ. Saxon. tit. XI. §. 7.* hæc traduntur exempla: Alſo wenn einer vorzuwenden, es wären die Sachen, darum izt geklaget, allbereit durch vorgegangenen Eyd, oder rechtliche Erkäntniß erörtert, oder in guten vertragen, oder præſcribiret worden, oder es ſtehe Klägern ratione intentionis facti keine action zu. Si exceptiones hæ *in continenti* probari nequeunt, iniungitur reo litis conteſtatio, nec tamen oppoſi-

quæ in continenti ſunt probandæ.

tæ exceptiones amittuntur, quæ poſt L. C. in *reprobatione* vlteriori reſeruantur deductioni. ZANGER *de except. P. I. c. 26. n. 27.* CARPZOV. *P. I. C. 3. def. 16. n. 1.* MEV. *P. I. deciſ. 215.* In quibuſdam tamen locis, quin etiam iure nouiori electorali Saxonico cautum eſt, hiſce exceptionibus euentualem ſubiiciendam eſſe litis conteſtationem, addita tamen hac reſtrictione, vt primario harum exceptionum ratio habeatur, nec ſuper illa pronuncietur, ſi hæ liquidæ, vel in continenti probatæ fuerint. MARTINI *in proc. Sax. tit. XI. §. 8. in f.*

In citatione nullum occurrat vitium,

§. XXII. Neceſſe quoque eſt (IV) *vt citatio reo legitime inſinuata ſit, deque inſinuatione ex actis conſtet.* Si vitium eſt in *citatione*, ſi de *inſinuatione* non conſtat, reus contumax dici nequit RIVINVS *in enunciat. iur. tit. X. enunc. 36. et 42.* Idem dicendum, ſi citatio non continet *ſpatium legale*, adeo, vt ſi vel maxime ſub pœna *confeſſi et conuicti* citatus fuerit, non tamen pro tali condemnari poſſit, ſi hic defectus ex actis appareat. IDEM *cit. l. n. 47.* Quodſi tamen in termino compareat, et reſponſionem detrectet, oppoſita exceptione *termini nimis anguſti*, nullo modo excuſatur, quin potius citatio nimis anguſta ſpontanea comparitione conualeſcit, *l. 1. §. 1. D. de feriis*, et, dum comparet, ſatisfacere citationi debuiſſet, alioquin vt contumax condemnatur. IDEM *cit. l. enunc. 48.* Porro (V) in termino accuſanda eſt contumacia non reſpondentis, cum iudex, niſi imploratus, ſuum officium haud impertiatur.

et contumacia accuſetur.

Proinde ſi actor in termino contumaciam non reſpondentis haud accuſat, ſimpliciter de nouo reſponſio iniungitur RIVINVS *cit. l. enunc. 44.* Si actor etiam in termino non comparet, hic pro *circumducto* habetur, et nouus terminus ad inſtantiam actoris præfigendus eſt.

§. XXIII.

§. XXIII. Vnde apparet, non reſpondentem variis exceptionibus ſe tueri poſſe, ne in *contumaciæ* pœnam incidat. Huc pertinet (1) exceptio termini nimis anguſti, ſi modo in lege prouinciali hic determinatus ſit, nec a iudicis arbitrio dependeat: (2) citationis non recte inſinuatæ, vel non factæ inſinuationis, (3) vitioſæ citationis, (4) legitimorum impedimentorum, (5) fori incompetentis vel alterius declinatoriæ, quorſum etiam *ſpolii* et *laudationis* pertinent, (6) feriarum, (7) deficientis accuſationis, (8) termini circumducti, vel quæ ſunt aliæ huius generis exceptiones, quæ facile ex adductis requiſitis colligi poſſunt. ***Variæ exceptiones a contumacia liberant.***

§. XXIV. Pœna huius *contumaciæ* non vniformis eſt, quæ variat pro diuerſa locorum praxi. In genere ſciendum eſt, non minorem eſſe contumaciam eius, qui tacet, et qui non comparet. Vix itaque dubium eſt, quin vtraque contumacia eadem pœna plecti poſſit. CARPZ. *P. I. C. 10. def. 16.* NICOLAI *in proc. c. 36. p. 388. lit. b.* De iure communi, quo itidem hodie reus ſecundum *R. I. nouiſſ.* litem euentualiter conteſtari tenetur, ſi id ipſum præfracte facere recuſat, et tamen peremtorie citatus eſt, actor petere poteſt, vt lis *pro negatiue conteſtata* accipiatur in contumaciam non reſpondentis et ipſemet ad probationem ſuæ intentionis admittatur. Huc collineat *R. I. de anno 1654. §. 36.* in quo, abolito banno contumaciæ et miſſione ex primo vel ſecundo decreto, decretum eſt, daß dem Kläger zugelaſſen ſeyn ſoll, gegen den ungehorſamen und nicht erſcheinenden (vel comparentem quidem ſed non reſpondentem) Antworter in contumaciam in der Haupt-Sache ordentlicher Weiſe bis zu Ende nach Belieben zu verfahren. h. e. vt lis habeatur pro negatiue conteſtata, actor ad probandum admittatur, et, ***Contumax de iure communi habetur pro negante.***

 co-

cognita cauſſa, ſententia feratur, de qua materia Dd. plenius agunt *ad auth. qui ſemel. C. quomod. et quando iudex ſent. prof. deb.* Atque hoc ipſum actor vrgere poteſt, ſi vel maxime reus quaſdam exceptiunculas opponat, reſpondere autem nolit, quo caſu ad actoris inſtantiam, reiectis exceptionibus non fundatis, ei iniungi poteſt, vt *ſub præiudicio* vel *ſub pœna contumaciæ* libello reſpondeat litemque conteſtetur, et ſi ne ſic quidem ad reſponſionem adigi poteſt, lis pro negatiue conteſtata accipitur, et auctori probatio iniungitur. Hoc ipſo reus amittit omnes exceptiones peremtorias, quas litis conteſtationi, ſi ad eam ſe accinxiſſet, annectere et potuiſſet et debuiſſet, iuxta *R. I. de anno 1654. §. 37.* vbi *pœna præcluſi* in contumaces eſt ſtatuta.

De iure Saxonico communi pœna confeſſi et conuicti locum habet,

§. XXV. De iure Saxonico communi, qui litem non conteſtatur euentualiter, et ſic in non reſpondendo contumax eſt, atque quibuſdam allatis exceptionibus friuolis ſe a reſponſione liberare intendit, præuia contumaciæ accuſatione pronunciatur, daß Beklagter ſeines Einwendens ohngeachtet ſich auf die Klage ſub pœna confeſſi et conuicti einzulaſſen, und den Krieg Rechtens zu befeſtigen ſchuldig, und weil er ſolches nicht gethan, iſt er die verurſachten Unkoſten etc. zu erſtatten ſchuldig. Comminatio hæc, vt ſub *pœna confeſſi et conuicti* vel *ſub præiudicio* reſpondeat, non aliter addi ſolet, quam ſi in *accuſatione contumaciæ* petita fuerit, adeoque eo neglecto, ſimpliciter ad reſpondendum condemnatur cum refuſione expenſarum, BARTHIVS *de comminat. ſub pœna confeſſi et conuicti c. l. §. 8.* quod iura et intereſſe partis hæc clauſula reſpiciat, ſententiaque petitis conformis eſſe debeat. Verum cum hoc ipſum iuri Saxonico conforme ſit, vt, qui litem non conteſtatur nec reſpondet, *ſub*

pæ-

Digitized by Google

pœna confeſſi et conuicti reſpondere iubeatur, et per *decretum* ad hoc condemnetur, et iudex ea, quæ deſunt aduocatis partium, ſupplere debeat, *t. t. C. vt quæ deſ. aduoc. part.* non apparet ratio, quare tam ſtricte petitioni, per incuriam aduocatorum nonnunquam formatæ, inhærendum, et contumacibus contra præſcriptam iuris formam vlterius nimis indulgendum ſit. Sufficit, quod *accuſatio contumaciæ* præceſſerit, quod actor petierit, vt denuo ad reſpondendum alius terminus reo præfigatur: pœnæ vero iudici præſcriptæ ſunt, quas ipſemet ex regulis proceſſus determinare et ſententiis addere debet. Illud facilius recipi poteſt, quod ſola citatio ſub *pœna confeſſi et conuicti* non ſufficiat, niſi præceſſerit *decretum* vel *ſententia*, qua ad reſpondendum ſub pœna hac condemnatus eſt, quia hæc ipſa admodum rigoroſa eſt, cum ſummo coniuncta præiudicio, adeoque maiori præcautione opus, ne reus ſtatim iure ſuo cadat, qui nondum per ſententiam, qua reſponſio *ſub pœna confeſſi et conuicti* ei iniungitur, ad hoc condemnatus eſt. Conf. BERGER *in elect. diſcept. for. tit. 10. obſ. 1. p. 327.* In dem Preuſſiſchen *Iuſtitz-reglement* §. 31. adſtrictius rei adſtringuntur ad reſpondendum, nec tale decretum præcedens deſideratur, verum ſola citatio ſub præiudicio ſufficit. Verba ſunt hæc: Die anberahmte Termine ſollen ſo, wie es ſich gebühret, beobachtet werden, und der erſte gleich ſub præiudicio præfigiret, und keine prorogatio, es ſey dann ex cauſſa ſontica et in legibus fundata, verwilliget werden, in dieſem Fall muß aber dennoch der zweyte terminus cum clauſula pro omni angeſetzet, und wieder denſelben keine fernere dilation ohne ebenmäßige erhebliche Urſachen indulgiret, ſondern ſo fort *in contumaciam* geſprochen werden, welches dann auch in primo termino geſchehen ſoll,

præcedente decreto.

 wenn

wenn die Friſt nach docirter inſinuation der citation unter der, wie meiſtentheils es zu geſchehen pfleget, gar nicht geſuchet, oder die Urſache des Auſſenbleibens nicht genugſam beſcheiniget worden.

Quomodo procedatur contra contumaces de iure Saxonico electorali.

§. XXVI. De iure Saxonico Electorali, ſi citatus plane haud compareat, ob contumaciam ſuam condemnatur bis auf Ehehaft und behelfliche Wiederrede, vt dicitur in *ord. proceſſ. Sax. elect. tit. 10.* §. *4.* h. e. non ſtatim amiſſione cauſſæ punitur, ſed prius ei indulgetur ſpatium, vt doceat, ſe legitime fuiſſe impeditum. Proinde ſi in termino proximo, ad inſtantiam actoris præfixo, legitima impedimenta afferre poſſit, adhuc admittitur. Si talia afferre nequit, vel rurſus haud ſe ſiſtit, amiſſione cauſſæ punitur, vel, vt dicitur *cit. l.* ſoll er alsdann auf fernere Beſchuldigung des Klägers in die Hülfe vertheilet, und dieſelbe nach Inhalt der Klage gegen ihn vollſtrecket werden. Eundem procedendi ordinem obſeruant, ſi quidem reus comparet, ſed prorſus tacet, et neque litem conteſtatur, neque vllam exceptionem vel cauſſam opponit. *Alia eſt ſpecies contumaciæ*, ait CARPZOV. *P. I. C.* 10. *def.* 16. *ſi reus quidem citatus in iudicio compareat, ſed taceat, ac litem conteſtari, vel reſpondere nolit; quæ certe contumacia non minor eſt, ac eius, qui citatus plane non comparet, quoniam paria ſunt non venire, vel non ſufficienter venire. Vix itaque dubium eſt, quin vtraque hæc contumacia pari pœna coerceatur, nimirum vt reus cauſſa cadat, vel quod idem eſt, pro confeſſo et conuicto habeatur, ſi impedimenta legitima aut iuſtas abſentiæ aut ſilentii cauſſas probare non poſſit.* Admodum benigne hoc caſu cum contumace agitur, qui comparet, qui tacet, et qui ipſa comparitione oſtendit, ſe haud fuiſſe impeditum, quo minus compareret; multo magis ergo, quo minus reſponderet. Sed forſan rari-

Digitized by Google

rarius reus ſe ſiſtet tanquam mutus piſcis, ſine vlla exceptionum allegatione; quin potius ſi litis conteſtationem declinare rei intendunt, exceptiones declinatorias aliasue afferre ſolent; quæ ſi non fuerint probatæ, reſponſio ei iniungitur *ſub pœna contumaciæ*, quod plenius declarat NICOLAI *in proc. c. 34. p. 393. n. 16.*

§. XXVII. Porro contumax eſt, qui non *debito modo* reſpondet in L. C. h. e. 1) qui *generaliter*, *confuſe et obſcure* reſpondet. Qua ratione huius contumacia plectenda ſit de *iure communi*, exponam verbis MEVII *P. II. deciſ.* 327. *n.* 7. dicentis: *Eſt diuerſa ratio inter eos, qui non comparent, nec reſpondent, et qui comparentes reſpondent, ſed incongrue. Præter contumaciæ meritum de illis, tanquam male conſciis, dum pro defenſione ſua nihil faciunt, confeſſio facilius præſumitur, quam de iis, qui comparendo ſe aduerſario nihil concedere, etiam per inepta ſua obteſtantur. Tantum itaque ob protractam litem puniendi ſunt, condemnatione in expenſas et damna, et ſi quid iuxtim in contemtum iudicialis auctoritatis factum emineat, ad multam pro qualitate admiſſi ſtatuendam. Et quidem prima vice. Quodſi eandem temeritatem iterauerint, apparente, eos nolle reſpondere aut obſequi, tantum in obtentum, quæ proferuntur, perperam ſumi, grauius plectentur; tandemque fieri poteſt, vt contra nimis moroſos et malitioſos vtut quæpiam in excuſationem aut pro tractatu iudiciali proferant, contumaciæ tunc non amplius præſumtæ, ſed veræ pœna infligatur, quod iudicis arbitrio relictum eſſe oportet.* Expeditior ſine dubio via eſt, vt ei ſub *pœna contumaciæ* ſpecialior et melior litis conteſtatio iniungatur, et, hac non facta, lis pro negatiue conteſtata habeatur. *c.* 70. *in ſ. X. de appellat.* GAIL. *I. Obſ.* 59. *n. vlt.* *Iure Saxon. Elect. tit.* 16. ſpecialior litis conteſtatio iniungitur, et contumax prima vice in expenſas condemnatur. Si

Quomodo procedatur contra eum, qui non legitime reſpondet?

in

in altero termino in eadem contumacia perſeuerat, denuo in expenſas condemnatur, *et ſub pœna confeſſi et conuicti* ſpecialior litis conteſtatio ei imperatur, et tandem, durante contumacia, *pro confeſſo et conuicto* habetur. Quo vſque vero hæc condemnatio ſe extendat, admodum diſputant Doctores, diſquirendo: vtrum is, qui in vno vel altero libelli membro vitioſe reſpondet, in genere, an vero tantum in eo membro pro confeſſo haberi debeat? Tangit hanc quæſtionem BARTHIVS *cit. l. c.* 1. §. 15. et ICtorum collegia de hac diſſentire docet. In eo conueniunt, ſi plura *diuerſa capita* libellus contineat, reum in iis tantum *pro confeſſo* habendum eſſe, in quibus non legitime reſponderit. Si vero vna tantum cauſſa, cuius diuerſæ circumſtantiæ adductæ ſunt, in libello proponitur, eo caſu vt plurimum litis conteſtatio, iudice BERGERO *in œcon. iur. lib. IV. tit.* 23. §. 1. *not.* 7. habetur *pro indiuidua*, et ſic reus in genere *pro confeſſo* habetur. Diſplicet hæc ſententia BARTHIO *cit. l.* et *indiuiduitatem litis conteſtationis* merum figmentum eſſe aſſerit, quæ ſententia, vt æquior et mitior, ſtrictiori præferenda. Ponamus, Titium vindicare fundum, eius limites deſcribere, et aſſerere, reum fundum, limitibus deſignatis circumſcriptum, poſſidere; reum reſpondere, negando actorem dominum eſſe, quoad *poſſeſſionem* autem confuſe nec diſtincte reſpondere; habendus pro *confeſſo* intuitu *poſſeſſionis*, vt fundum, iis limitibus circumſcriptum, poſſidere iudicetur, nec de eo amplius dubium vllum in poſterum mouere queat, ſed tantum quæſtio dominii, et quæ hanc tangunt exceptiones peremtoriæ litis conteſtationi adiectæ, poſtea diſcutiendæ ſint. II) In *modo* quoque peccat in Saxonia, qui non *viua voce* reſpondet, ſed reſponſionem in ſcriptis exhibet, qui itidem pro confeſſo habetur; iudice RIVINO *ad tit.* 10. *enunc.* 55.

An in totum pro confeſſo contumax habendus, an vero quoad capita, ad quæ non reſpondet legitime.

§. XXVIII.

§. XXVIII. Denique facienda eſt reſponſio *debito tempore*, in primo ſcilicet termino, non vero in vltima poſitione in leʒten Saʒe, quippe quo facto actori præcluditur via excipiendi contra litis conteſtationem. Hoc facto reiicitur in Saxonia litis conteſtatio, et de nouo eadem iniungitur refuſis expenſis; CARPZOV. *P. I. C. 10. def. 15.* quod tamen non adeo rigoroſe obſeruandum eſſet, ſi manifeſtum foret, reſponſionem ſatis accuratam et conformem eſſe, nullamque contra illam excipiendi rationem actori supereſſe, de quo iudex optimum ferre poteſt arbitrium. Neque enim iudex ad nouas ambiguitates anſam præbere debet, de quo de iure communi eo minus dubii ſupereſt. *Quid ſi debito tempore non fiat reſponſio?*

§. XXIX. Deſideratur quoque *reſponſio* in proceſſibus *ſummariis* et *exſecutiuis*. Equidem Pontifex in *clem. ſæpe de V. S.* aſſerit, cauſſas ſummarias litis conteſtationem non poſtulari, quod de *ſolemni reſponſione* concedo: aliqualis tamen contradictio, qualiſcunque demum ſit, neceſſaria eſt, cum nec poſitiones reiiciantur in *d. clem. ſæpe.* Vnde facilius hic, lite non conteſtata, ad vlteriora ab actore, in contumaciam quomodocunque non reſpondentis procedi, et a iudice tandem per ſententiam cauſſa finiri poteſt. *c. 1. de eo qui mitt. in poſſeſſ. in 6. c. 1. X. vt lit. non conteſt. clem. 2. de iudic.* In Saxonia reo iniungitur die Einlaſſung, in quam quoque contumax condemnatur ſub pœna confeſſi et conuicti. In proceſſu *exſecutiuo* loco litis conteſtationis eſt *recognitio documentorum* vel *iurata* earum *diffeſſio*, ad quam iuxta actoris deſiderium reus citatur. Si in termino reus alterutrum haud facit, (modo proceſſui exſecutiuo locus eſſe poſſit) id iniungitur ei ſub pœna *recogniti*, quamuis rurſus in Saxonia, documenta pro recognitis haud habeantur, *In proceſſu ſummario quomodo contra contumaces procedatur? et exſecutiuo?*

vtut vel maxime ſub hac *communicatione* citatus fuerit, niſi ſententia vel decretum præceſſerit, iuxta RIVINVM *in enunc. iur. tit. 10. enunc. 43.* quo ipſo tamen citatio ſub pœna *recogniti* caret effectu, et ipſe proceſſus, qui *exſecutiuus* eſſe debebat, admodum protrahitur. De iure communi ſecundum *R. I. nouiſſ.* in cauſſis *exſecutiuis* ſtatim decernitur *mandatum* de ſoluendo, nec *recognitione* opus eſt, niſi reus, mandato inſinuato, ſcripturam in dubium vocauerit; tunc quoque eidem recognitio vel iurata diffeſſio ſub eadem *comminatione* iniungi poteſt, nec ſententia quædam *interlocutoria*, qua hæc reo imponitur, præciſe præcedere debet.

Actori reſponſio imponitur in remediis prouocatoriis.

§. XXX. Actori quoque quandoque *reſponſio* ſed ex *accidente* imponitur, tum in remediis prouocatoriis, tum in punctis incidentibus. Actor quippe prouocari poteſt ad agendum vel ex *l. diffamari*, vel ex *l. ſi contendat*, et quidem *diffamatione* demonſtrata, diffamanti ſeu prouocato in Saxonia quidem in termino ſecundo iniungitur: daß er auf die diffamations-Klage antworte vel etiam, daß er ſeine Klage gegen diffamaten anzuſtellen ſchuldig, mit dieſer ausdrücklichen Verwarnung, daß in Verbleibung deſſen er ferner mit ſeiner Klage und Zuſprüchen nicht gehöret, ſondern ihm ein ewig Stillſchweigen auferleget werden ſoll. CARPZ. *P. III. deciſ. 213. n. 8.* In primo termino ſi non comparet, condemnatur in expenſas, et ei die Einlaſſung auf die prouocations-Klage iniungitur: Si ne ſic quidem paret, ſi reſponſionem detrectat, citatur in altero termino, prout dictum eſt, et tandem in contumacia perſeueranti perpetuum imponitur ſilentium. Qui ex lege, *ſi contendat*, prouocat actorem, potiſſimum id agit, vt exceptionem, cuius iactura ex lapſu temporis imminet, conſeruet, adeoque petit, vt reſpondeat ad

exce-

exceptionem propoſitam, vel iudex ipſum in contumaciam non reſpondentis ab omni actione liberet. Quodſi prouocatus temere reſpondere recuſat et ſubterfugia inania quærit, interloquendo pronunciatur, daß prouocat, ſeines Einwendens ohngehindert, auf die erhobne prouocations-Klage, vel etiam auf prouocantens exceptiones ſich einlaſſen, mit der Verwarnung, daß in Verbleibung deſſen prouocant von prouocatens Anſprüchen gänzlich befreyet werde. In concurſu creditorum itidem creditores prouocantur ad credita ſua liquidanda ſub *pœna præcluſi*, quæ tamen *in praxi* tunc demum locum habet, ſi per ſententiam demum præcluſi ſunt, und werden nunmehro diejenigen creditores, ſo ſich bißhero mit ihren Forderungen nicht angegeben, von dieſem concurs billig ausgeſchloſſen, BRVNNEM. *de concurſ. cred. c. III. §. 11.* Ad ſpecialiora hic non deſcendam, temporis anguſtia intercluſus. Denique ſi *puncta incidentia*, quæ cauſſam principalem remorantur, emerſerint, eaque a reo mota fuerint, veluti ſi reus excipit de probatione deſerta, de teſtium inhabilitate abſoluta, de non admiſſione iuramenti delati etc. actori poteſt iniungi, daß er ſich darauf einlaſſe, nec dubium eſt, quin reſpondere recuſans condemnari poſſit, vt ſub *pœna confeſſi* vel ſub præiudicio reſpondeat, et tandem in contumaciam contra eum iudex interloquatur.

§. XXXI. Deſideratur quoque reſponſio a teſtibus, ad articulos et interrogatoria examinandis, iique inuiti et contumaces ad reſpondendum cogi poſſunt, GAIL. *I. obſ. 100. n. 1.* niſi iuſta de cauſſa a teſtimonio dicendo excuſentur, de qua Dd. agunt plenius ad *tit. X. de teſtibus cogend.* Conf. MARTINI *ad proceſſ. Saxon. t. XXII. §. 1. n. 41. ſqq.* Pœna, qua refractarii cogendi ſunt, eſt arbitraria de iure communi; vt plurimum ſub

Contumacia teſtium non reſpondentium quomodo puniatur?

Digitized by Google

pœna pecuniaria contumaces denuo citantur, quæ etiam augeri poteſt, teſtibus in contumacia perſeuerantibus. In camera *pœna banni* olim obtinuit, ſublata in *R. I. de anno 1654. §. 36.* Hæc ſine dubio originem traxit ex praxi canonica, qua contumaces *excommunicatione* plectuntur. *c. 2. de teſt. cogend.* Pœna *confeſſi* et *conuicti* hic regulariter locum habere nequit, cum hæc in præiudicium aduerſarii, contra quem producuntur, tenderet, niſi cauſſa *per indirectum* teſtes quoque concernat, et, amiſſa cauſſa, regreſſus contra eos locum habeat, aduerſariusque in eorum productionem conſentiat, quod exemplo admodum ſingulari illuſtraui *in iur. eccl. proteſt. lib. II. tit. 21. §. 4.* Denique ſi grauior eſt contumacia, etiam pro re nata carceris pœna, immo ſi cauſſa eſt ardua, *tortura* locum habere poteſt, vt *in iur. eccl. prot. lib. II. tit. 21. §. 5.* diſtincte tradidit. Quodſi teſtis peruerſe, obſcure et confuſe reſpondet, quidam depoſitionem eius *contra producentum* interpretandam eſſe volunt, *arg. l. 39. D. de pact.* ſed ſine vlla concludenti ratione. Quod in contractibus contra eum fiat interpretatio, qui clarius loqui debuiſſet, id vel inde eſt, quia obſcure loquens ſingularem ſuam vtilitatem in pacto quæſiuit, quod dum non clarioribus expreſſit verbis, pati debet, vt contra ſe fiat interpretatio. Hoc applicari nequit ad eum, qui teſtem producit, obſcure loquentem, quia ipſemet producens non reſpondet, ſed teſtis; immo iudex in culpa eſt, qui non totus in eo fuit, aut curauit, vt obſcura verba ſtatim teſtis declararet. Proinde id vnicum ſupereſt, vt teſtis, qui obſcure depoſuit, a iudice, etiam ex officio, citetur ad obſcuram ſuam reſponſionem declarandam. CARPZ. *P. I. C. 16. def. 30.* RICHTER *ad auth. qui ſemel C. de probat.*

CAPVT

Digitized by Goog

CAPVT II.

DE

CONTVMACIA NON RESPONDENTIS IN CAVSSIS CRIMINALIBVS.

ARGVMENTVM.

§. I. Cautelæ circa contumaces in cauſſis criminalibus. II. Pœna confeſſi et conuicti in criminis leuioris reo contumace. III. Nullum commodum inquiſiti ex contumacia. Notatur Carpzouius et Barthius. IV. In grauiori delicto contumacia rei non reſpondentis coercetur duriori carcere. V. Quando tortura? VI. Vſus torturæ forenſis illuſtratus. VII. Cautelæ circa hanc torturam. VIII. Sententia nonnullorum de pœna confeſſi et conuicti aduerſus contumaces non reſpondentes. IX. Iudicium auctoris de hac pœna. X. Contumacia rei non reſpondentis ſub prætextu conſcientiæ. XI. Grauior contumacia rei non reſpondentis ad imperantis iuſſum. XII. Contumacia rei in non recognoſcendo litteras, XIII. et rei in ratificatione non reſpondentis. Eius pœna.

§. I.

Etiam in *cauſſis criminalibus* reſponſio *reorum* deſideratur, quæ litis conteſtationem conſtituit, ſed æque hic etiam *contumacia* committi poteſt. Quo grauiores vero hæ cauſſæ ſunt, eo maiori cum ſollicitudine ſunt tractandæ, et contumaces in *non reſpondendo* ita conſtringendi, ne innocentes ad ſupplicium rapiantur, quod facile fieri poſſet, ſi eadem ſemper ratione inquiſiti contumaces coercerentur, ac quidem rei in ciuilibus. Ipſimet rerum criminalium interpretes hic in diuerſa abeunt, nec in mediis cogendi contumaces conueniunt, adeoque ſingulorum ſententias excutiam.

Cautelæ circa contumaces in criminalibus.

§. II. Ipſa delicta, propter quæ criminaliter agitur, non ſunt vnius eiuſdemque qualitatis nec proceſſus idem, qui vel accu-

In delictis leuioribus contumax pro

confeſſo et conuicto haberi poteſt.

accuſatorius vel *inquiſitorius*. In delictis *leuioribus*, quæ ad pœnam *ſanguinis* non tendunt, aut pœnam corporis afflictiuam, contra contumacem in non reſpondendo fere eodem procedi poteſt modo, vt in cauſſis *ciuilibus*, adeoque in *proceſſu accuſatorio* reſpondere recuſans de iure communi pro *negante* habetur, et ita ad probationem accuſator ſe accingere debet, cum etiam id ipſum in delictis grauioribus obtineat, teſte GAILIO *lib. 1. de pac. publ. c. 15. n. 3.* Sic etiam in Saxonia, vbi contumacibus ſub pœna *confeſſi* et *conuicti* reſponſio iniungi poteſt, nihil impedit, quo minus etiam in his delictis eadem ſub *comminatione* reſponſio iniungi et tandem, inquiſito in contumacia pertinaciter perſeuerante, ipſemet pro confeſſo et conuicto declarari et extra ordinem puniri queat. CARPZ. *pr. crimin. qu. 113. n. 59. ſq.* WVRMSER. *tit. 48. obſ. 2. n. 7.* MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 16. art. 1. n. 149.* Neque enim in his tam manifeſta et luce meridiana clarior probatio deſideratur, nec tam inſigne præiudicium, vt in reliquis criminibus grauioribus, reo ex tali condemnatione imminet. BARTH. *de commin. ſub pœn. conf. et conuict. c. 11. §. 5.*

An etiam in proceſſu inquiſitorio?

§. III. In proceſſu *inquiſitorio* eodem procedi poſſe modo non dubitatur, quin cum iudex hic *ex officio*, et quidem paullo liberius agat, nec hic proceſſus ad accuſatorii regulas præciſe adſtrictus ſit, poterit etiam inquiſitus *captis pignoribus* et *multæ indictione* ad reſpondendum cogi, vt putat BRVNNEMAN. *in proc. inquiſ. c. VIII. n. 78.* Quodſi tamen hac pœna contumacia inquiſiti frangi nequit, tandem ad illa iuris communis media deueniendum, vt inquiſitio exitum inueniat, et pœna imponi reo poſſit. Equidem ſi de delicto ex actis ſatis conſtat, ſi teſtium depoſitionibus comprobatum eſt, cum de *iure communi*

Digitized by Google

muni hi recipi poſſint, non dubium, quin pœna ordinaria locum habere poſſit. Aſt vbi pro confeſſo et conuicto contumax in non reſpondendo declaratus eſt, mitius procedendum eſſe putant. Immo quod magis eſt, duplicem fructum contumaciæ huic attribuunt, 1) vt ex tali ſententia condemnatus haud fiat *infamis:* CARPZ. *pr. crim. qu. 94. n. 89.* 2) vt *pœnæ ordinariæ* locus eſſe nequeat. Qua de cauſſa commendant hanc inquiſitis cautelam, vt potius *non reſpondeant,* quam litem conteſtando ſe periculo famæ exponant. BARTH. *cit. l. §. 6.* Vtrumque non ſatis tutum aut iuri conforme eſſe arbitror. Nam quod ad effectum *infamiæ* attinet, non neceſſe eſt, vt præciſe quis ex *rei veritate* de delicto conuictus fuerit: *confeſſio* etiam *ficta* ſufficit, quod vel exinde colligitur, quod qui de delicto non capitali, immo etiam priuato, tranſigit, infamis fiat, et pro confeſſo habeatur, *l. 4. in f. de his, qui not. infam. quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur*, vt ait PAVLVS in *l. 5. eod.* Id quod ſi verum eſt, vti omnino eſt, quis in dubium vocaret, etiam contumacem in non reſpondendo, condemnatum tanquam confeſſum, pro *infami* habendum eſſe, quoniam etiam qui per contumaciam non reſpondet, confiteri crimen videtur. Alterum quod concernit, non quidem inficias eo, in *capitalibus* magis in mitiorem pœnam inclinandum eſſe, prout cenſet BERGER *P. II. reſp. 94.* aſt in *leuioribus* criminibus nulla apparet ratio, cur *mitius* procedendum ſit cum eo, qui per contumaciam ſuam pro confeſſo habitus eſt, ac quidem is, qui *vere,* vel conuictus vel confeſſus, cum illud præiudicum, quod in cauſſis capitalibus inquiſito imminet, hic euidenter ceſſet, et tales cauſſæ criminales admodum ad cauſſas ciuiles inclinent.

Pro confeſſo declaratus etiam ſit infamis.

An mitius puniri debeat?

§. IV.

In delictis grauioribus contumax duriori carcere adigi poteſt ad reſpondendum.

§. IV. In delictis grauioribus, quæ ad pœnam corporis afflictiuam vel capitalem tendunt, paullo prouidentius agendum eſt. Sunt hæc delicta ita comparata, vt etiam in iis ad torturam deueniri poſſit, inde etiam per *torturam* a reo reſponſionem extorqueri poſſe iudicant. Multum tamen præſertim in proceſſu *inquiſitorio*, iudicis arbitrio commiſſum eſſe, arbitror, qui cum iudicio perpendere debet, quomodo contumacia eiuſmodi hominis frangi queat. Si de extrema hominis *contumacia* conſtat; ſi iudex animaduertit, ex pura malitia reſponſionem a reo denegari, nec tamen ad pœnam capitalem deueniri poſſet, per pœnam *durioris carceris* tentandum, an ſqualore eius duriities hominis frangi et ita ad reſpondendum cogi queat. Ita cenſuit ill. Facultas iuridica, me referente, *anno 1711. M. Dec.* in caſu, quo leuiſſimus homo cultro quendam vulnerauerat, quique præterea de aliis delictis ſuſpectus erat. Hic adeo frontis duriſſimæ erat, vt vel cum contemtu interrogatus reſponderet: Was gehet es euch an? vel admodum impie verba Chriſti recitaret: Ich muß ſeyn in dem das meines Vaters iſt. Actis ad facultatem iuridicam huius loci tranſmiſſis, contumax hanc tulit ſententiam: Daß inquiſit Dollert zuförderſt nochmals über die fol. 17. ſpecificirte verdächtige Bücher und Sache umſtändlich zu befragen, und dabey ernſtlich zu erinnern, daß er von allen und jeden deutliche und richtige Nachricht gebe, in Entſtehung deſſen und daferne er auf ſeiner Halſtarrigkeit nochmals verharren und ſich richtiger Antwort weigern würde, iſt er ſo lange in ſchwererer Gefängniß mit Waſſer und Brodt zu ſpeiſen, biß er von allen deutliche Antwort gegeben, und ergehet alsdenn ſowol dieſerwegen als in der Haupt-Sache allenthalben was Recht iſt. Rationes decidendi erant: Ob zwar die Haupt-Sache ꝛc.

Weil

Digitized by Google

Weil aber dennoch der inquiſit nicht allein dieſes delicti überfüh- ret, ſondern auch ſonſten eine ſehr verdächtige Perſon iſt, indem, wie fol. act. 21. zu erſehen, er bißhero an keinem gewiſſen Ort ſich aufgehalten, auch innerhalb 16. Jahren in ſeiner Heimath nicht geweſen, nächſtdem bey ihm viel verdächtige Sachen, als ein ge- ſchriebenes Buch von allerhand Sprachen und Figuren, ſo er ſelbſt geſchrieben, Saamen, Schlangen-Haut und dergleichen gefun- den, darüber er zwar fol. act. 17. befraget, doch theils ſehr tro- tziglich ſich aufgeführet, theils auch keine deutliche und richtige Antwort davon geben wollen, und ſich dadurch noch verdächti- ger gemachet, zumal auch dieſe Sachen mit ſeiner Handthierung, da er ein Maurer ſeyn will, gar nicht überein kommen, ſondern daß er ein ſchlimmeres und gottloſeres Handwerck treiben müſſe, Anzeigung giebet, und dann ein ieder inquiſit bey gnugſamen Verdacht auf die Inquiſitional-Articul zu antworten ſchuldig, adeo vt ſi inquiſitus vel nihil omnino reſpondeat, vel per ver- ba dubia et obſcura; quæſtionibus ſubiici, et ab eo categorica et expreſſa reſponſio extorqueri poſſit. Nam hoc ipſo, quod reus non vult categorice reſpondere, ſeſe ſatis ſuſpectum facit et indicium ad torturam ſufficiens ſatis præbet, vt ſic nullo alio iudicio opus ſit:

CARPZ. *P. III. Prax. crimin. qu. 113. n. 56.*
MOLLER. *lit. 2. ſemeſtr. c. 25.*

Daß alſo nach Strenge der Rechte man wohl, dafern inquiſit auf ſeiner Halſtarrigkeit verharren würde, ihm die Tortur zuer- kennen mögen, welches doch um deßwillen noch zur Zeit nicht ge- ſchehen, theils weil man verhoffet, daß er durch das zuerkannte Mittel der ſchweren Gefängniß zur deutlichen und categoriſchen Antwort werde gebracht werden können, theils auch noch zur Zeit

man nicht gewiß ſeyn kan, was vor ein neues corpus delicti herauskommen möchte, ſo iſt daher geſchehener maſſen erkannt worden.

Quamuis vero duriſſimo carcere ad aliquot hebdomadas conſtrictus fuerit, in eadem tamen animi duritie pertinaciter ſubſtitit, nec vllo modo ad reſpondendum cogi potuit, hinc facultas iuridica cenſuit eum ad operas publicas, tum ob delictum vulnerationis, tum ob extremam contumaciam, condemnandum eſſe, ſententia Menſ. Febr. lata huius tenoris: Daß Johann Martin Dollert wegen des an dem Tablet-Kramer verübten Meſſerſtichs, und daß er, als er nach Einleitung des jüngſten Urthels über die bey ihm gefundenen verdächtigen Bücher und Sachen anderweitig befraget worden, in ſeiner boßhaftigen Halſtarrigkeit verblieben, mit öffentlicher Arbeit auf einen Feſtungs-Bau vier Jahr lang zu beſtrafen ꝛc. Rationes, cur pœna aggrauanda, nec aliud frangendi contumaciam medium electum fuerit, hæ erant: Hiernechſt die pœna arbitraria in gegenwärtigem caſu dadurch geſchärfet werden müſſen, daß der inquiſit durch die in einem bey ihm gefundenem Korbe befindliche Schriften und Kräuter ſich ſehr verdächtig gemacht, und deßwegen ſpecialiter darüber befraget werden müſſen, gleichwol derſelbe laut fol. act. 39. ſeq. nichts als lächerliche ungereimte und verächtliche Antwort gegeben, und ohnerachtet er einige Wochen mit Waſſer und Brodt geſpeiſet worden, doch zur raiſon nicht gebracht werden mögen, in übrigen man hierbey nicht weiter gehen kan, da keine neuere indicia delicti hier vorhanden, und dabey die tortura keine ſtatt findet ꝛc.

§. V.

Digitized by Google

§. V. Si de *corpore delicti atrocioris* ſatis, pro diuerſa eius natura, conſtat, et inquiſitus ad ſpecialem inquiſitionem grauatus eſt, etiam per *torturam* ad reſpondendum adigi poteſt. Dixi, *ſi ad ſpecialem inquiſitionem eſt grauatus:* quando deficiunt indicia, ad inquirendum idonea; iudex *de facto* procedit, nec ad reſpondendum tenetur reus, quin immo iudex iniuriarum tenetur, qui ſine indiciis quendam in inquiſitionem trahere conatus eſt. conf. BRVNNEM. *de proc. inquiſ. c. VIII. n. 15.* Audiendus quoque inquiſitus eſt, ſi iuſtas *declinandi reſponſionem* cauſſas ſe afferre poſſe exiſtimat, petitque, vt ad defenſionem *pro auertenda* admittatur, quippe quæ naturam exceptionis *declinatoriæ* habet, et ſic ſuper ea ante litem conteſtatam cognoſcendum. Non leuis præiudicii eſt reſponſio ad articulos inquiſitionales, qua inquiſitus inter *reos* criminoſosque actualiter refertur, quodque ipſum inhabilem reddit, vt officium publicum, quod forſan gerit, interim exercere nequeat, ſed mox ſuſpendi debeat. B. BEYER *in poſit. ad conſtit. crimin. art. 6. poſit. 5. ſq.* Inde tantopere, maxime in Saxonia, inquiſiti ſolliciti eſſe ſolent pro declinanda reſponſione, quæ tamen *legitima via*, non per *contumaciam* eſt deneganda. Quodſi vero reus in defenſione pro *auertenda* ſeſe a delicto imputato haud purgauit, nec indicia, ex quibus inquiſitio contra eum ſuſcepta eſt, eliſit, reſponſio ei iniungitur, et tunc demum contra contumacem, prout dictum, procedi poteſt. Nec in *proceſſu accuſatorio* aliud obtinere dicendum eſt, prout quidem cenſet PARIS DE PVTEO *de Syndicatu p. 1052. n. 16.* aſſerens, *accuſatum nolentem reſpondere accuſationi poſſe torqueri*, vt reſpondeat, *etiam ſine indiciis, quia non torquetur*, pergit, *ad punitionem, ſed vt reſpondeat.* Non adeo mirandum, PARIDEM in hac fuiſſe

Etiam tortura reſponſio exprimi poteſt; ſi modo ad ſpecialem inquiſitionem eſt grauatus,

nec aliter reſponſionem declinare queat.

An idem obtineat in proceſſu accuſatorio?

 hæ-

Digitized by Google

hæreſi, quippe qui *n. 934.* etiam cenſet, *confeſſionem ſequentem ex perſeuerantia eſſe ſpontaneam, adeoque ex defectu præcedentium indiciorum neutiquam poſſe reddi inualidam, quod reus videatur hoc modo perſeuerare in conſcientia criminis.* Vtrumque barbarum et falſum eſſe, facile liquet; vtrumque etiam recte reprobatum in ordinatione Carolina, poſterius quidem *art. 20.* prius vero *art. 11.* vbi imperator ita: **So der Kläger die Obrigkeit und Richter anruft, iemand zu ſtrengen peinlichen Rechten zur Gefängniß zu legen, ſo ſoll derſelbe Ankläger die Ubelthat, und derſelben redlichen Argwohn und Verdacht, die peinliche Strafe auf ihn tragen, zuförderſt anſagen, ohnangeſehen ob der Ankläger dem Angeklagten auf ſein Recht gefänglich einzulegen oder ſich bey dem Beklagten zu ſetzen begehren und erbiten würde.** Audiendus itaque eſt etiam accuſatus, ſi calumniam accuſatoris mox oſtendere, et ita accuſatorem a limine iudicii repellere queat.

Illuſtratur praxis per torturam extorquendi reſponſionem.

§. VI. Praxin hanc extorquendi etiam per torturam reſponſionem a reo in delictis atrocioribus, omnes ad vnum fatentur rerum criminalium interpretes. Ita enim BRVNNEMAN. *c. 8. de proc. inquiſ. m. 1. n. 79. ſq. poteſt etiam inquiſitus (præſupponimus autem indicia legitima contra illum militare) minis adigi,* **daß er bey Vermeidung anderer ſchärferer Verordnung auf die** *Articul* **antworten ſolle,** *immo etiam, ſi indicia veroſimilia, torturæ mentio fieri poteſt: dicere enim poteſt iudex, ſe reum, ſi in contumacia perſeuerauerit, fidiculis ſubiecturum. Et ſi porro in contumacia perrexerit, et indiciis ſit grauatus, reus poteſt mediante tortura compelli ad reſpondendum.* etc. Idem confirmat CARPZ. *pr. crimin. qu. 113. n. 56. ſqq.* additque *n. 58.* tali caſu pronunciari ſolere, **und im Fall er auf ſeiner Halſtarrigkeit**

Digitized by Google

keit nochmals verharren und ſich der Antwort verweigern wird, ſo wird er dem Scharfrichter untergeben, und durch denſelben auf vorgeſchriebene Fragſtücke die Antwort aus ihm gebracht. Conf. FARINAC. *de indic. et tortur. qu. 37. n. 176. ſqq.* GVAZZINVS *de defenſ. reor. def. 10. c. 17.* B. HARPPRECHT *vol. nou. conſ. 83. n. 90.* Nec aliud dicendum eſt iudice HARPPRECHTO *cit. l. n. 88.* ſi vel maxime contumax in ſingulari dignitate hactenus conſtitutus fuerit, dummodo conſenſus principis accedat.

§. VII. Circa hanc torturam tamen ſequentia ſunt notanda: (I) Torturæ ſubiectum non interrogandum eſſe, ob er bekennen, ſed potius, ob er antworten wolle; nam tortura non vt medium *eruendi veritatem* hoc caſu adhibetur, ſed vt medium cogendi contumacem ad reſpondendum. (II) Torturam eſſe debere moderatam. B. HARPPRECHT. *cit. l. n. 101.* Vix vltra primum gradum procedi poterit, niſi delicti atrocitas et indiciorum grauitas etiam *medium* deſiderent gradum, prout cenſet LVDOVICI in der Einleitung zum peinl. *proceſſ. c. 5. §. 13.* (III) Ratificationem poſt triduum hoc caſu non eſſe neceſſariam; quia ſufficit, quod reſponderit, id quod vnice ab eo deſiderabatur. Diſtinguendum tamen exiſtimo, vtrum in reſponſione ad articulos inquiſitionales delictum negauerit, an confeſſus fuerit: illo caſu *ratificatio* foret fruſtranea, quin potius, lite negatiue conteſtata, iudex ad probationis indagationem ſeſe accingere debet. Si vero delictum confeſſus eſt, ex accidente tortura degeneraſſe in medium eruendi veritatem videtur, adeoque ratificatio confeſſionis poſt biduum vel triduum haud intermittenda. (IV) Torturam tunc demum dictari poſſe, ſi ſuper ipſo *delicto*, vel eius circumſtantiis ſubſtantialibus

Monita circa hanc torturam.

Digitized by Google

bus interrogatus reſpondere nolit: ſi interrogatus ſuper aliis circumſtantiis et qualitatibus delicti, reſponſionem detrectat, torqueri nequit BRVNNEM. *cit. l. n. 82.*

An pœna confeſſi et conuicti hic locum habeat?

§. VIII. Ab hoc medio extorquendi reſponſionem non adeo recedunt, qui etiam inquiſitis in delictis capitalibus eam ſub pœna *confeſſi* et *conuicti* imponi poſſe arbitrantur. Equidem, obſeruante BARTHIO *cit. l.* §. *2.* CRVSIVS *in tr. de indiciis P. 1. c. 2. n. 26.* admodum hanc methodum improbat, exiſtimatque in criminalibus, vbi pœna capitalis infligenda, nunquam ſibi locum vindicare regulam iſtam, quod contumax in non reſpondendo pro confeſſo habeatur, cum in iis luce meridiana clariores probationes deſiderentur. In eandem fere tranſit ſententiam CLASENIVS *ad art. 62. C. C. C.* aitque: *licet in ciuilibus is, qui tacendo contumax eſt, habeatur pro confeſſo, et articuli in contumaciam non reſpondentis acceptari poſſint pro confeſſis, idque non tantum in articulis poſitionalibus actoris, ſed etiam defenſionalibus rei obtineat, cum in iudiciis æqualitatem obſeruare oporteat; attamen hoc non procedit in criminalibus, quia ibidem requiruntur probationes luce meridiana clariores, cum tamen contumacia ſaltim ſit ficta confeſſio. Deinde in criminalibus contumacia non præcludit viam vlterioribus probationibus, cum ibidem nunquam concludatur, ſicut et reus ſuis defenſionibus renunciare nequeat.* Addit SCACCIA *de iudic. lib. 1. c. 86. n. 49.* admiſſa hac ſententia, nec torturam contra tales, qui tam præfracte recuſant, neceſſariam fore, ſed huiuſmodi inquiſitum recta ad ſupplicium raptari poſſe, quod tamen vix ferendum videtur. Conf. GVAZZINVS *de defenſ. reor. def. 20. c. 17. n. 6.* Ad hæc dubia reſpondet BARTHIVS *cit. l.* reſponſionem tantum reis imponi ſub hac comminatione ad hunc effectum, vt reſpe-

reſpectu *indiciorum*, contra eum militantium, pro confeſſo et conuicto habeatur, et ita propter *confeſſata indicia* torturæ ſubiici poſſit. In hoc ergo tantum diſcrimen a priori methodo ſupereſt, quod priori caſu in tortura interrogandus ſit: ob er antworten wolle? quod tantum deſideratur, adeo vt ſufficiat, ſi vel maxime omnia indicia negauerit; hoc vero: ob er bekennen wolle? quia iam ipſa indicia per hanc ſententiam, qua pro confeſſo et conuicto declaratus eſt, confirmata, et ad eruendam per torturam veritatem corroborata ſunt.

§. IX. Interim ſtante etiam hac hypotheſi, non omnes ſuperatæ ſunt difficultates. Si enim *ab initio* ſtatim mediante tortura ad reſpondendum adigi poteſt, per ambages non procedendum, et, poſtquam pro confeſſo et conuicto declaratus eſt, tunc demum ad torturam deueniendum. Verum I) vt plurimum *pœna confeſſi et conuicti* vti ſolent contra *abſentes* contumaces; ne citationes edictales omni deſtituantur effectu: contra *præſentes* contumaces facilius ſtatim ad torturam deuenitur. II) Multum iudicis inquirentis arbitrio relictum videtur, vt, qua via contra præſentem contumacem ſibi vtendum ſit, ex circumſtantiis æſtimet. Quandoque conſultius eſt, ſub pœna *confeſſi et conuicti* reſponſionem reo imponere, ſi admodum grauia adſunt indicia contra reum, ex quibus apparet, reſponſione vel *ficte* facta, ad ſummum gradum torturæ pro eruendo ipſo crimine deueniri poſſe, ne alioquin ſæpius torqueatur, tum pro *reſponſione*, tum pro *confeſſione* facienda. Denique III) quandoque ſtatus delinquentis ita comparatus eſt, vt tortura ei applicari nequeat ob corporis debilitatem et infirmitatem. CARPZ. *pr. crimin. qu.* 11. *n.* 34. Vniuerſa vtique torturæ ratio in iudicis arbitrio et prudentia conſiſtit, cuius eſt expendere torquendi virile robur, denique inſpicere, quid

Frequentius pœna confeſſi et conuicti contra abſentes declaratur;

ſaluo arbitrio iudicis quoad præſentem,

maxime ſi tortura non facile applicari poteſt.

quid proferre valeant vires eius, vt in re verum iudicem agat. DAMHOVDER. *in pr. crim. c. 37. n. 1. 2. 3.* WILDVOGEL *de arbitr. iudic. circa tortur. c. VII. §. 4. ſqq.* Hoc ergo caſu potius ſub hac comminatione, vt in caſu vlterioris contumaciæ pro confeſſo haberi debeat, ad reſpondendum adſtringitur, et in caſu contumaciæ continuatæ pro *confeſſo* habetur, *pœnaque extraordinaria* dictatur. BRVNNEM. *cit. l. n. 78.* Denique IV) cum tortura ſit medium *extraordinarium*, etiam *ordinis* ratio habenda, vt quia plura ſuppetunt media, reorum frangendi contumaciam, tantum *in ſubſidium* tortura adhibeatur. De iure communi magis via ordinaria eſt, vt contumax in non reſpondendo magis pro negante habeatur, videlicet ſi proceſſus *accuſatorius* per fiſcalem inſtruitur, et tandem, reo in eadem contumacia perſeuerante, fiſcali probatio criminis commiſſi iniungitur, BRVNNEM. *de proc. inquiſ. c. 8. m. I. n. 80. in f.* cum *accuſatorius proceſſus* magis ad regulas proceſſus ciuilis adſtrictus ſit. Ceterum ſi *inquiſitorie* iudex *ex officio* procedit, iudex liberius agit, nec hoc caſu præciſe ad regulas proceſſus ciuilis adſtrictus eſt, ſed etiam ſub pœna *confeſſi* et *conuicti* ipſum ad reſpondendum condemnare poteſt, præfixo certo termino, intra quem reſpondeat, ne alioquin ipſemet iudex, lite pro negatiue conteſtata habita, onere probandi nimis oneretur. Verum ſi de *extrema malitia* delinquentis conſtat, ſi ludibrio iudicis inquiſitionem habet, tunc in primis, omiſſa via adducta, tortura decerni poteſt, pro reſponſione extorquenda, vt multum hic in arbitrio diſcreti iudicis collocandum ſit.

Tortura magis in ſubſidium adhibenda.

§. X. Quid vero ſi reus contumax ſit et reſpondere nolit prætextu *conſcientiæ* ſuæ, credens, ſe ſalua conſcientia reſponſionem denegare poſſe? Equidem vix excuſari poterit eiuſmodi con-

Quid ſi reus contumax ſit prætextu conſcientiæ?

Digitized by Google

contumax a dolo, qui potius ſub *conſcientiæ* prætextu malitiam cordis palliare ſolet. Sunt tamen nonnulli homines, ſuperſtitione nonnunquam obdurati, præconceptis opinionibus prorſus immerſi, et ambitione quadam neſcio qua phariſaica, adeo oppleti, vt ad ſanam mentem vix reduci poſſint. Se iudices contra rationem in ea cauſſa conſtituunt, in qua ſunt ſub iudice conſtituti, et martyrium quoddam ambiunt, vbi ob crimen vel perduellionis vel atrociſſimæ iniuriæ famoſique libelli in inquiſitionem tracti ſunt. Hos contumaces prætextus *conſcientiæ* non minus excuſare poterit, quam FRANCISCVM RAVAILLACVM, Regem Galliæ ſub prætextu conſcientiæ occidentem, vel rebelles ruſticos, in Germania ſub prætextu religionis tempore reformationis turbas dantes. *Scelera manent ſcelera*, ait GROTIVS *ad Matth. XIII, 41. quocunque demum nomine commendentur, immo eo ſunt exſecrabiliora, quo ſpecioſiorem titulum ſibi induunt.* Si perſuaſiſſimum eiuſmodi obturatus homo habet, ſe ſcelus non commiſiſſe, ad minimum reſpondere debet, et innocentiam ſuam oſtendere, qui nouit, ſe ſub iudice, nec independentem eſſe, adeoque iudici rationem de actionibus ſuis reddere debere. Hoc ſingulis ſana ratio dictitat, hoc iubet, hoc præcipit. Interim antequam ad duriora media procedatur, prudenter iudex facit, ſi præconceptas has opiniones, etiam per Theologos aliosque viros prudentes, contumacis eruere, ipſiusque obiectiones ex prætextu *conſcientiæ* deſumtas diluere conatur: quo facto, ſi in eadem cordis duritie perſeuerat, illis ad reſponſionem conſtringendus eſt mediis, quæ antea in ſcenam produxi, ne iuſtitiæ curſus per indirectum eludatur.

Magis punitur contumacia contra principem commiſſa.

§. XI. Creſcit contumacia delinquentium, ſi ipſius principis ſupremi auctoritate et ſpeciali iuſſu inquiſitio peragitur, adeo vt ſi extrema cum malitia coniuncta eſſe appareat, hæc ipſa in crimen grauius incidat, et *per ſe* puniri poſſit. Si contemtus iudicis inferioris arbitraria poteſt puniri pœna; multo magis principis contemtus, quo ſanctior eius perſona habenda, et quo maiori cum veneratione iuſſus eius ſunt ſuſcipiendi. In ipſa pœna determinanda Dd. variant, de quibus copioſe agit HARPRECHT *vol. nou. conſ. 83. n. 130.* putatque vel confiſcationem omnium bonorum vel etiam capitalem conſtitui poſſe, de quo ex ipſo genere criminis, cuius inſimulatur, ex qualitate contumaciæ aliisque circumſtantiis eſt iudicandum. De praxi Romana idem confirmat SCACCIA *de iudiciis lib. 1. c. 58. n. 18.* et FARINACIVS *qu. crimin. 11. n. 62.*

De contumacia in non recognoſcendo litteras.

§. XII. Similis contumacia quoque committi poteſt ab inquiſitis, qui litteras a ſe ſcriptas aliasque chartas recognoſcere præfracte detrectant, quibus in delictis leuioribus imponi poteſt, vt *ſub pœna recognitarum litterarum* manus ſuas recognoſcant BARTH. *cit. l. §. 15.* In grauioribus procedi poteſt ad *comparationem litterarum*, obſeruatis accurate requiſitis, quæ hic Dd. deſiderant, de quibus agit HARPRECHT *conſ. 37. n. 30. ſqq.* Et quamuis hæc fallere poſſit, accedentibus tamen aliis grauioribus indiciis, et non tantum vnius ſcripturæ ad aliam, ſed plurium ad plures facta collatione maius pondus acquirit, operaturque, vt contumax eo magis conuinci de crimine poſſit. HARPRECHT *cit. l. n. 105.* FARINAC. *in fragm. crimin. P. 1. lit. C. voce comparatio n. 514.* Vt ergo nihil ad inueſtigationem veritatis intermittatur, in caſu perſeuerantiſſimæ contumaciæ talis com-

Digitized by Google

comparatio litterarum inſtituenda, et, ea facta, adhuc recognitio ſub pœna recognitarum ſcripturarum contumaci intra certum terminum iniungenda, et tunc vlterius procedendum, vt in caſu, quo reſponſio ſub pœna *confeſſi* et *conuicti* ei eſt impoſita.

De contumace, qui in ratificatione reſpondere recuſat.

§. XIII. Denique contumacia quoque committi poteſt in ipſa *ratificatione*, qua confeſſio, per torturam expreſſa, poſt biduum vel triduum repetenda eſt. Quid enim ſi ad ratificandam confeſſionem ad iudicem vocatus reſpondere nolit, ea forſan aſtutia ductus, vt ita per indirectum pœnam mortis effugeret? Non dubium eſt, quin eodem cum contumace procedi poſſit modo, quo cum reuocante. Tunc vero grauius dubium enaſcitur, ſi poſt tertiam torturam hanc contumaciam committat, de quo caſu grauiſſimas olim concertationes fuiſſe refert CARPZ. *pr. crimin. qu. 126. n. 74. ſqq.* Hoc caſu reſponderunt ICti Saxonici: Uffn Fall er nochmals keine richtige Antwort von ſich geben, oder gar nicht reden wird, auf ſolchen Fall wird ihm mit allen Fleiß ſein Bekänntniß, in der Tortur gethan, und was für indicia wider ihn vorhanden, zu Gemüthe geführet, und daneben mit angezeiget, daß, wo er nicht in guten darauf richtig ſeine Auſſage wiederum thun würde, daß alſo dann ſein Stillſchweigen vor ein Bekänntniß aufgenommen ꝛc. Quando vero adhuc reus in eadem contumacia perſeuerat, quidam crediderunt, pœnam ordinariam dictandam eſſe, ipſo CARPZOVIO in alia omnia eunte et exiſtimante, ad pœnam mortis non ſufficere confeſſionem fictam. Obtinuit tandem hæc ſententia, et pœnam extraordinariam dictandam eſſe creditum fuit, IPSO referente *cit. l. n. 83.* Tutior eſt omnino hæc ſen-

 ten-

tentia, et principiis iuris noſtri conformior, ſecundum quae nemo ordinaria plecti poteſt pœna, niſi confeſſus aut conuictus ſit. *art. 22. Ord. crim. Carol.* Conf. BERGERI *electa crim. p. 229.* Quin vero princeps, vrgentibus cauſſae meritis, quandoque ab his regulis recedere poſſit, non dubitatur.

EXERCITATIO XXV.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XII.

DE

EO QVOD IVSTVM EST DVRANTE IVSTITIO.

CAP. I.

DE

NATVRA ET CAVSSIS IVSTITII.

ARGVMENTVM.

§. I. *Iudiciorum neceſſitas in ſtatu ciuili. II. Infelix reſpublica, iudiciis quieſcentibus. III. Iuſtitii definitio. IV. Generalis eius ſignificatus. V. Eſt vel indictum vel ſumtum. VI. Indicitur ob publicum luctum vel laetitiam. VII. Eius diſcrimen a feriis. VIII. Feriarum diuinarum et humanarum diſcrimen. IX. Iuſtitii diſcrimen a feriis diuinis et humanis. X. Indictio eius auctoritate publica fiebat. XI. De iuſtitio ſumto. XII. Eius a feriis differentia. XIII. Iuſtitum vniuerſale eſt vel particulare. XIV. Particularis iuſtitii ratio. Exemplum iuſtitii Cameralis. XV. Cur iuſtitium hodie indici non ſoleat ob luctum publicum, XVI. nec ob bellum. XVII Cauſſae ſumti iuſtitii. XVIII. Harum numero eſt bellum, XIX. nec non tempus peſtis, XX. et fames vrgentiſſima.*

§. I.

Digitized by Google

§. I.

Iudiciorum neceſſitas et vtilitas in ſtatu ciuili.

Quantumuis in iſta naturali, vbi reſpectus imperantis plane ceſſat, facultas nemini denegata ſit, ius ſuum, reſpectu cuius alter ex naturali obligatione tenetur, *propria auctoritate* vindicandi, et ſi præſtationem eius, quod debet, recuſat, vim bellumue inferendi; attamen homines, in ſocietates ciuiles coeuntes, ob *communem vtilitatem et neceſſitatem* huic naturali libertati, per vim omnia agendi, merito renunciare et ex fine ciuitatis, qui eſt ſalus et tranquillitas publica, neceſſario ſtatuere debuerunt, vt penes vnum vel plures eſſet *ſumma ferendi Leges* easque exſequendi poteſtas. Itaque ex voluntate dirigentis publicam rem, nec non ex intentione eorum, qui ſocietates ciuiles præ ſtatu naturali elegerunt, publica conſtituta ſunt iudicia, vt quiſque ius ſuum per remedia pacifica in iis commodius perſequi, vigorque legum facilius ſubſiſtere et pax reipublicæ interna inter ciues hoc modo conſeruari poſſit: eoque redit ſententia imperatoris in *l. 14. C. de Judic. Iccirco iudiciorum vigor iuriſque publici tutela videtur eſſe in medio conſtituta, ne quiſquam ſibi ipſi permittere valeat vltionem. Nam non concedendum ſingulis, quod per magiſtratum fieri debet, ne detur occaſio maioris tumultus. L. 176. d. R. I.* Quin ipſe Deus hoc comprobauit in politia Iudaica, quæ ſane omnium perfectiſſima, *Deut. XVI, 18.* inquiens: *Iudices et moderatores conſtituo tibi in ſingulis portis tuis, quas Iehoua Deus tuus dat tibi per tribus tuas, qui iudicent populum iudicio iuſto.* Et hinc non *hominis*

iudicium dicitur, ſed *Dei. Deut. I, 17.* et ipſi iudices quoque *Dii* dicuntur *Exodi XXII, 18. Pſalm. LXXXI, 1.*

Miſerrimus ſtatus, ſi iudicia frigeant.

§. II. Quo inſigniores ex iudiciorum conſtitutione redundant in reſpubl. utilitates, eo maiora reſpublica patitur detrimenta, ſi is, cui ſumma poteſtas et cura commiſſa, eam negligat et iudicia in facinoroſos et refractarios non exerceat, vnde frequentes inter ciues contentiones, turbæ, factiones, ſeditiones, immo latrocinia exiſtunt, quæ vel ſingula miſerrime publicam rem turbare et plane euertere poſſunt, quod luculenter ſatis pernicioſa ſtatui interregna demonſtrant, vbi quiſque pro lubitu agit, et pro facultatibus virium et potentiæ ius ſibimet ipſi tribuit, vti factum in imperio noſtro Romano-Germanico, mortuo Imperatore Friderico II, quorum temporum calamitatem optime deſcribit Lehmannus *in Chron. Spir. Libr. V. Cap. 95.* Tunc enim arma vbique, LL. fere nuſquam dominabantur, quiſque occupabat, quantum potuit.

Progreſſus ad thema propoſitum.

§. III. Quantopere igitur reipublicæ noceat, ſi iudicia ita frigeant, quilibet facile videt. Quidnam autem iudicia ceſſare faciat et quinam effectus iuris exinde profluant, non inutilem fore laborem et operam duxi, ſi ad hoc paullo penitius inquirendum, me accingerem, quod cum facere aggredior, thema de IVSTITIO ſuccincte pertractandum ſumſi, cuius vocis genuinam ſignificationem paucis referre ante omnia neceſſarium erit. Eſt autem IVSTITIVM, *quando ius quaſi ſtat*; SOSIPATER *Libr. 1. Inſtit. Gramm.* vel eſt *iuris quaſi interſtitio quædam et ceſſatio, vt nihil his diebus iure agi poſſit*, ſecundum GELLIVM *in noctibus attic. Libr. 20. cap. 1.* Plenius forte ita deſcribi poſſet, quod iuſtitium ſit *ordinarium iudiciorum ob turbatam tranquillitatem publicam ceſſatio ad tempus aliquod.*

§. IV.

Digitized by Google

§. IV. Quodſi paullo *generalius* iuſtitii vocem accipiamus, tunc quoque illud adeſſe dicitur, quando certa perſona ſingulari fauore et priuilegio ita gaudet, vt intra aliquod tempus actione in foro efficaci conueniri non poſſit, quemadmodum GELLIVS *cit. loc.* hac voce vtitur, de debitoribus confeſſis et iudicatis, quibus olim triginta dies dabantur conquirendæ pecuniæ cauſſa, quos dies Decemuiri *iuſtos* appellabant, veluti quoddam iuſtitium, cum his diebus nihil cum his agi iure poſſet. Hoc ſenſu hodie huc referri poſſet, ſi quis præter culpam fortunis lapſus *litteras moratorias* ab Imperatore vel Principe Imperii impetraſſet: Sed hoc in ſenſu hæc acceptio a ſcopo noſtro aliena eſt.

Quid generaliter ſignificet?

§. V. Propius ad noſtrum ſcopum ſpectat, ſi in ſtrictiori ſenſu pro *totali iudiciorum interſtitio* iuſtitium accipiamus, ita, vt *in totum iudicia fere ſint clauſa et copia iudicis plane deficiat*, in eoque ſignificatu poteſt diuidi in *indictum* h. e. *voluntarium*, et *ſumtum* i. e. *neceſſarium*. *Illud* eſt, quod publico decreto, auctoritate Magiſtratus, indicitur ob iuſtam cauſſam. *Hoc* vero dicitur, quod abſque indictione publica præter voluntatem ex turbato Reipublicæ ſtatu aut aliis malis ſponte contingit.

Juſtitium quotuplex?

§. VI. *Indictum* olim obtinuit apud Romanos in primis tempore *luctus publici*. Quod vel teſtimonio TACITI *L. 1. Annal.* conſtat, hæc de morte Germanici referentis: *Hos vulgi ſermones audita mors adeo incendit, vt ante edictum magiſtratuum, ante Senatus Conſultum, ſumto iuſtitio, desererentur fora, clauderentur domus, paſſim ſilentia et gemitus, nihil compoſitum in oſtentationem, et quanquam neque inſignibus lugentium abſtinerent, altius animis mœrebant.* Fugiebant omnes lætos congreſſus, ac feſtiuas ſolemnitates, ne aliorum gaudia ſuo luctu macula-

Indicebatur Iuſtitium olim ob luctum publicum.

cularent. SYMMACH. *Lib. III. Epiſt. 21.* Priuatim vero quilibet limine ac domo ſe continebat. TACIT. *Libr. IV. Annal.* Pertinent huc verſus apud LVCANVM *Libr. II. verſ. 16. ſeqq.*

Ergo vbi concipiunt, quantis ſit cladibus vrbi
Conſtatura fides ſuperum: ferale per vrbem
Iuſtitium: latuit plebeio tectus amictu
Omnis honos: nullos comitata eſt purpura faſces.

et *libr. V. verſ. 1.*

Cæſar habet vacuasque domos, legesque ſilentes,
Clauſaque iuſtitio triſtia fora.

Idem teſtatur Pedo Albinouanus *in elegia* de morte Druſi:

Iura ſilent, mutæque iacent ſine vindice leges
Aſpicitur toto purpura nulla foro. etc.

Quin etiam Aegyptii tempore luctus publici iuſtitium indicare ſoliti ſunt, teſte DIODORO SICVLO *Libr. 1. Biblioth. Hiſtor. P. 2. C. 3. Cum enim,* ait, *regum Aegyptiorum aliquis e vita deceſſit, illum omnes communi luctu deflent, veſtes diſcindunt, templa clauduntur, iuſtitium indicitur, feſtiuitates non celebrantur etc.* confer. HERODOT. *in Euterp. L. 2. c. 86. ſeqq.* Immo hic mos indicendi iuſtitii tam frequens apud Romanos fuit, vt ſæpe ab auctoribus Romanis vox hæc ad *luctum publicum* deſignandum adhibita reperiatur vid. Clariſſ. Cellarius *in Fabri Lexic. in voce ius.* Sed etiam aliquando ob *publicam lætitiam* iuſtitium obtinuit, de quo teſtatur HORAT. *Lib. 4. od. 2.* aſſerens ſuper impetrato Auguſti reditu *forum litibus orbum* fuiſſe, alia loca vt breuitatis ſtudio nunc præteream.

Iuſtitium ob publicam lætitiam.

Quomodo hoc iuſtitium a feriis differat?

§. VII. In eo in primis inſignem deprehendi difficultatem, quomodo hoc iuſtitium, quod *voluntarium* dixi, a feriis, vbi itidem ius non redditur, recte poſſit diſtingui, et an non pro Syno-

Synonymis haberi debeant. Certe in latiſſimo ſenſu hæc duo inter ſe non diſtingui facile concedo, ſed cum deprehendam penes Hiſtoricos Romanos aliquando hæc diſtingui, quod in primis apparet ex LIVIO *L. 3. c. 5.* vbi refert, Romæ *iuſtitium,* quod ante obtinuerat, fuiſſe remiſſum, ſed ſtatim addit, in triduum *ferias* fuiſſe indictas, operæ pretium eſſe arbitratus ſum, penitius totam rei naturam euoluere. Legibus XII. Tabb. cautum erat: *Feriis iurgia amouento.* Per *ferias* ibi intelligitur illud tempus, quod *ſacris peragendis deſtinatum erat,* interprete CICERONE *L. 2. de LL.* et hactenus cum iuſtitio in eo conueniunt, quod præbeant requietem litium et iurgiorum, vt CIC. *cit. l.* loquitur, quo etiam pertinet, quod CIC. *L. 1. de diuinat. p. m. 372.* ferias potiſſimum *ad res diuinas peragendas* referat, et quod publice imperatum fuerit, *vt litibus et iurgiis ſe abſtinerent,* quod pluribus declarat BRISSON. *L. 1. de form. p. 118.* Sic etiam LIVIVS *cit. loc.* videtur a *iuſtitio* diſtinguere *Ferias,* inquiens: *His auertendis terroribus in triduum feriæ indictæ, per quas omnia delubra, pacem DEVM expoſcentium virorum mulierumque turba implebantur,* conf. Id. *L. 35. c. 45.* et *L. 6. c. 28.* Vt ita primarius finis feriarum indictarum fuerit cultus diuinus, et ad hunc celebrandum lites in foro ſilebant.

Feriæ quid?

§. VIII. Equidem meſſis vindemiarumque tempus itidem ad ferias refertur *l. 1. 2. 3. D. de fer.* Sed hæ feriæ a prioribus, quæ proprie tales erant, longe erant diſtinctæ. In prioribus quippe omnia ceſſabant iurgia, iudicis copia haberi non poterat, et vt ita loquar, iudicia erant quodammodo clauſa, idque ex præcepto LL. XII. Tabb. et publica indictione, adeo, vt ne quidem volentibus partibus lites peragi poſſent *L. 5. D. de feriis.* Sed in feriis meſſis vindemiarumque nunquam deficit copia iu-

Feriæ diuinæ quomodo a humanis diſtinguantur?

Digitized by Google

dicis, neque fora litibus vacua, aut orba fuiſſe videntur, tum quod de cauſſis publicis, moram non ferentibus aliiſque fauorabilibus adhuc ius diceretur *L. 1. 2. 3. de feriis*, tum quod occupati circa rem ruſticam ſponte ſe liti poſſent immittere, et priuilegio ſuo renunciare; quod fieri non potuiſſet, ſi iudicis defuiſſet copia *L. 6. D. eod.* et ſic nec iuſtitium vniuerſale videtur fuiſſe, ſed ſaltem reſpectu eorum, qui occupati erant meſſis et vindemiarum tempore, ſi ſcilicet iure ſuo vti vellent.

Iuſtitium diſtinctum a feriis diuinis et humanis.

§. IX. Quodſi præterea lites ſilere publica auctoritate iubebantur, et quidem *in vniuerſum*, ita vt ne quidem iudicis copia haberi poſſet, non tantum propter ſacra, ſed et aliam calamitatem vel neceſſitatem publicam, magis generali *iuſtitii* appellatione vſi fuiſſe videntur Romani, vt itaque inter ſe differant vt *genus* et *ſpecies*. Iuſtitium enim, vt ante dictum, in genere denotat omnem ceſſationem a litibus, et ſic etiam ferias, tanquam ſpeciem, complectitur, atque hoc ſenſu admitto rubricam *L. 5. D. de fer.* Quemadmodum autem non infrequens in iure eſſe ſolet, vt vox generis certæ ſpeciei tribuatur, vt ex materia adoptionis, nouationis, aliiſque notum eſt; ita quoque poſtea *iuſtitium* in ſpecie applicari cœpit eiuſmodi caſibus, *quando ob publicam calamitatem, tumultum vel aliam neceſſitatem vacabant fora litibus, vt ius dici non poſſet*, quod non tantum ex exemplis adductis perſpicuum redditum, quæ omnia luctum publicum concernunt, ſed ex aliis adhuc eſt declarandum, vbi in primis in Republica Romana iuſtitium indictum fuit ob publicam quandam calamitatem. Sic cum exercitus Romanus ab Aequis eſſet obſeſſus, ingens perturbatio inceſſerat Romanos teſte LIVIO *L. 3. C. 4. et, quod neceſſe erat, in tanto tumultu, iuſtitium per aliquot dies ſeruatum.* Eodem modo

Exempla indicti ob calamitatem publicam.

IDEM

Digitized by Google

IDEM *L. 10. c.* 4. ob cladem acceptam iuſtitium indictum eſſe refert his verbis: ***Nunciata ea clades Romam maiorem, quam res erat, terrorem excitauit. Nam vt exercitu deleto, ita iuſtitium indictum eſt, etc.*** Si bellum apparabatur, atque adeo omnium mentes in id intentæ erant, iuſtitium indici ſolebat: Sic enim LIV. *L.* 4. *C.* 26. *Simul edicitur et iuſtitium, neque aliud tota vrbe agi quam bellum apparari.* Et *L.* 6. *C.* 7. *ibi*: *Iuſtitio indicto delectuque habito Furius ac Valerius ad Satricum profecti etc.* Vbi Genutius cum exercitu eſſet occiſus iuſtitium Romæ indictum eſſe, ait ID. *L.* 7. *C.* 6. *in fin.* Cum Fidenates deficerent a Romanis, *Romæ*, inquit LIV. *l.* 4. *C.* 31. *in fin. terror ingens erat, etc. iuſtitium in foro, tabernæque clauſæ, fiuntque omnia caſtris quam vrbi ſimiliora.* Sic et CICERO variis in locis moris huius ob publicam calamitatem iuſtitium indicendi mentionem facit. In Orat. *de Haruſpic. Reſp. p. m.* 616. oſtendit ſæpe iuſtitium publicum in abuſum tractum, ad occulta conſilia referendum, quibus lædi poſſet Reſpublica. *Quæ ſunt occultiora (conſilia,)* inquit, *quam eius, qui auſus in concione eſt dicere*, IVSTITIVM EDICI OPORTERE, IVRISDICTIONEM INTERMITTI, CLAVDI AERARIVM, IVDICIA TOLLI. Sic etiam belli et legionum conſcribendarum cauſſa iuſtitium per præconem indictum fuiſſe refert *Orat. pro Cn. Plancio p. m.* 627. Idem *in Philipp. V. p. m.* 876. teſtatur inquiens: *tumultum decerni, iuſtitium indici, ſaga ſumi, dico oportere*: erat autem ibi Ciceroni ſermo de periculoſiſſimo Reip. ſtatu, in quem Reſpublica ob potentiam Antonii iacta erat. *In Philipp.* 6. idem vrget his verbis: *tumultum decerni, iuſtitium edici, ſaga ſumi, dixi placere.*

Quando in primis indictum iuſtitium?

§. X. Sic itaque ex hactenus dictis apparet, iuſtitium tunc in primis publice fuiſſe decretum, quando neceſſitas publica haud permitteret, vt fora perſonarent litibus: quamuis quod

Digitized by Google

quod facile coniici poteſt, potentiores ſæpe hoc prætextu dominatum ſtabilire auſi fuerint, vti ex loco, EX CICER. *de Haruſp. Reſp.* adducto, apparet. Videtur etiam huc reſpicere in *Epiſt. 17. ad Att. Libr. 4.* vbi conqueritur, quod *dum nimis favere iuſtitio cœperint, ſimul multum omnium rerum licentiæ indultum fuerit.* Et hoc *iuſtitium* dicebatur *indictum* vel *edictum*, quia *publica auctoritate* indicebatur a magiſtratu. Indicebatur autem auctoritate Patrum, vt ait LIVIVS *L. 3. Vocato deinde Senatu, cum ex auctoritate patrum iuſtitio indicto, profectus ad tutandos fines eſſet*, et *L. 7. C. 9.* refert, Dictatorem tumultus Gallici cauſſa iuſtitium edixiſſe, ſicuti et Dictatores aliquando feriarum conſtituendarum cauſſa dicebantur, vel nominabantur. ID. *L. 7. C. 28.* Alibi ad *totum Senatum* hoc refertur; vt teſtatur IDEM *L. 10. C. 31.* his verbis: *His nunciis ſenatus conterritus, iuſtitium indici, delectum omnis generis hominum haberi, iuſſit.*

A quo indictum fuerit iuſtitium?

Iuſtitium ſumtum quid?

§. XI. Ab hac iuſtitii ſpecie differt *iuſtitium ſumtum*, quando tanta eſt calamitas publica, vt iuſtitium abſque vlla publica indictione ſponte ſua inde ſequatur, quod vel deficiat iudex, vel ob triſtitiam communem ſponte fora deſerantur. Contigit tale iuſtitium, vbi exercitus Romanus apud Furculas Caudinas infami et ignominioſa clade erat affectus, quæ vbi eſſet Romam delata per nuncios, *Tabernæ,* inquit LIVIVS *L. 9. c. 7. circa forum clauſæ, iuſtitium in foro ſua ſponte cœptum, priuſquam indictum, etc.* Idem et TACITVS *Lib. 2. Annal.* confirmat, aſſerens Germanici mortem adeo omnium animos perculiſſe, et incendiſſe, *vt ante edictum magiſtratuum, ante SCtum, ſumto iuſtitio, fora deſererentur.* Hoc vero a priori, *indicto* ſcilicet, in eo diſtinctum eſſe videtur, quod prius ex libe-

libera voluntate vel ſaltim more publico magis dependeat, neque ita *abſolute* neceſſarium ſemper fuerit, vti poſterius, quod magis *ipſo facto* oritur, et præter voluntatem, et ſæpe tanta coniunctum eſſe poteſt cum calamitate publica, vt omnia ad ἀναρχίαν ruere et, rupto fere vinculo ciuili, interitum minari videantur. Sicuti enim in ſolatium et tranquillitatem generis humani DEVS ordinem ciuilem et iudicia adornauit, et ſecura eſſe voluit, ita iuſto eiuſdem iudicio ſæpe eiuſmodi publicæ ingruunt calamitates, quibus, extra tranquillitate, ſumma imis miſcentur, et ob peccata varia et ſcelera nefanda homines bono illo priuantur, quo amplius indigni ſunt. Eſt itaque tale iuſtitium inter extrema mala reipublicæ ponendum.

§. XII. Qua ratione autem hæc iuſtitii ſpecies a feriis tam diuinis, quam humanis differat non vberioribus indiget declarationibus. Quamuis enim indictum cum feriis adhuc magis conueniat, tamen maius et euidentius diſcrimen adhuc deprehenditur inter *ſumtum iuſtitium* et ferias. Illud enim indigitat, clauſa eſſe iudicia, et omnem omnino iudicis copiam deeſſe, adeo vt ob publicam calamitatem res ad ſtatum naturalem fere redacta eſſe videatur, hinc nihil iudicialiter eo tempore amplius peragi poteſt. Sed feriæ etiam diuinæ iudiciorum vigorem quidem ſiſtunt, et paullatim quieſcere faciunt, ſed non deficit iudex, qui cauſſis neceſſariis proſpicere, et ea, quæ moram non ferunt, decidere poſſit, non obſtantibus feriis. *Differentia Iuſtitii ſumti a feriis.*

§. XIII. Hoc quoque addendum exiſtimo, iuſtitium aliud eſſe *vniuerſale*, alind *particulare*. *Illud* dicitur, vbi plane omnium aliquo in loco deficit copia iudicum vt nihil amplius *Noua diuiſio in vniuerſale et particulare.*

 iudi-

iudicialiter peragi poſſit. *Hoc* vero eſt, quando certum tantum iudicium ſiſtitur, et clauditur, reliquis interim iudiciis in ſuo ſeruore durantibus. Huc in primis referri meretur *infelix* illud, et *triſte* (vt in actis publicis ſæpiſſime vocatur) præſens *iuſtitium Camerale*, eo magis dolendum, quod non vnius alicuius loci, ſed totius imperii cauſſæ quodammodo ita ſuſpenſæ ſint et quieſcant. Iam quidem vltra annum ſtetit, poſtquam die 7. April. 1704. initium ſuum luctuoſum cepit, quod vt mox finem lætiſſimum accipiat, omnibus votis exoptamus. *) Differt vero hoc a priori, quod cum non inducat totalem iudiciorum ceſſationem, facilior via et ratio reperiri poſſit, omnia alia mala, ex totali euenientia, præcauendi, et interim ſubditis alia ratione proſpiciendi.

Iuſtitii indicti cauſſa aliquando eſt ipſius iudicii ſtatus perturbatus.

§. XIV. Sicuti vero iuſtitium eſt vel *indictum* vel *ſumtum*, ita cuiuslibet propriæ eſſe videntur cauſſæ. *Indictum* oriri poteſt, ob iudicii ipſius ſtatum perturbatum, iudicum vel aſſeſſorum inter ſe diſcordiam, vel etiam illorum, quorum auctoritate regitur, mutuam inter ſe renitentiam. Quodſi præſentis cameralis iuſtitii rationes indagamus, fere ad hæc generalia capita referri merentur. Diu ante illud diſcordiæ mutuæ inter aſſeſſores, et qui huic ſummo iudicio præſunt, latuere, donec tandem in apertam erumperent flammam, quæ tum aliis materiis, hic prætereundis, et publicis ſcriptis ſatis expoſitis, tum etiam litibus diuturnis de receptione quorundam tum a Cæſarea, tum a Bauarica aula præſentatorum aſſeſſorum fomentum et alimentum ingens accepit, animosque in tantum a ſe inuicem abaliena-

*) Votis demum euentus reſpondit d. XXVIII. Ian. CIↃ IↃ CC XI. quo iudicium Camerale ope et ſtudiis extraordinariæ Statuum Imp. ad Cameræ Viſitationem Deputationis ruſſus apertum eſt.

nauit, vt tandem die 7. April. 1704. lectorio clauſo, et aſſeſſoribus inter ſe conuenire recuſantibus, triſte illud iuſtitium ſecutum ſit. Res nunc ad comitia præſentia reiecta, a quibus quid ſperandum ſit, et quem exitum res ſit habitura, dies docebit.

§. XV. Ceterum quæ olim iuſtitii indicendi rationes erant, hodie ceſſant, et vel iam Iuſtiniani tempore ceſſaſſe videntur; neque enim, quod ſciam, in iure noſtro vel veſtigium eius rei occurrit. Vidimus illud obtinuiſſe tempore *luctus publici ob mortem principis vel Imperatoris, aliusque præclariſſimi viri,* quod eleganter exprimit IVVENALIS his verbis: *Cur hodie ceſſet iuſtitium ob luctum publicum?*

Pullati proceres, differt vadimonia prætor.

Ratio vero, cur hodie in luctu publico non ſit iuſtitium, non aliunde repetenda, quam ex varietate decori publici, quod pro locorum et ſæculorum indole variat. Illud enim nemo facile diffitebitur, iuſtitium tale luctus publici publicum fuiſſe documentum. Iam vero ſigna et ſolemnia non ſunt neceſſaria, ſed arbitraria, et quibuſuis in locis publicus luctus ſua habet documenta ſpecialia, quæ cum habeant ſpeciales ſuos effectus, ita de *iuribus luctus publici* ſpeciali egi diſquiſitione.

§. XVI. Altera cauſſa iuſtitii indicti, quæ olim ob bellum ſuſcipiendum obtinuit, noſtris foris non minus incognita eſt. Potiſſimum enim ad morem belli indicendi et præparandi hoc olim ſpectaſſe videtur, mores autem non vbique ſunt iidem, quo reſpexit CICER. *in Philipp. 6.* inquiens: *Tumultum decerni, iuſtitium edici, ſaga ſumi, dixi placere, quo omnes acrius grauiusque incumberent ad vlciſcendas Reipublicæ iniurias, ſi omnia grauiſſimi belli inſignia ſuſcepta a Senatu viderent.* Hæc verba, ni fallor, ſatis indicant, iuſtitii indictionem in primis *Cur hodie ob bellum non indicatur iuſtitium?*

hunc

hunc in finem fuiſſe introductam, vt ciues eo acriores redderentur ad bellum, cum conſtet, plebem externis ſignis, quæ ſenſus feriunt, magis affici. Immo non neceſſarium abſolute tale iuſtitium fuiſſe, ſed fere ad morem populi R. tantum referendum eſſe, non negat LIVIVS *L. 7. C. 28.* inquiens: *cum, (quod per magnos tumultus fieri ſolitum erat) iuſtitio indicto delectus ſine vacationibus habitus eſſet, etc.* quibus verbis Liuius iuſtitii indicti non aliam fuiſſe rationem oſtendit, quam, quod ita moris fuerit. Atque adeo non immerito ad ſolemnia populi Romani hanc iuſtitii indictionem refert BARNAB. BRISSONIVS *de form. L. 2. p. 259.* cum conſtet, Romanos eiuſmodi ſolemnibus in omnibus negotiis deditos fuiſſe.

Cauſſæ iuſtitii ſumti generales.

§. XVII. Sed properandum ad *cauſſas ſumti iuſtitii,* quas in genere arceſſendas arbitror ex publica totius reip. calamitate, et quidem tanta, ob quam omnia turbida et emortua ſunt, et totum corpus ciuile ita laceratum eſt, vt vix cohæreat, ſed omnia ad interitum et ἀναρχίαν ruere ſua ſponte videantur. Sunt vero tria capitalia rerumpublicarum mala, quæ haſce calamitates excitare et ſic etiam iuſtitii ſumti cauſſa eſſe poſſunt, ſcilicet *bellum, peſtis* et *fames extrema,* quæ mala etiam DEVS ſæpiſſime minatus eſt populo Iſraelitico, ad omnem Idololatriam procliui, ſi a vero fonte deſciueret, et inanes Gentilium ſuperſtitiones adoraret, ceu apparet ex locis ſequentibus *1. Sam. XXIV, 12. ſeqq. Ierem. XXIV, 10. XXIX, 17. XLII, 17. XLIV, 13. Ezech. VI, 12. XIV, 21. Exod. XXVI, 16. Deut. XXVIII, 21. ſeqq.*

Tria mala Rerumpubl.

Iuſtitii ſumti prima cauſſa eſt bellum.

§. XVIII. Prima cauſſa iuſtitii ſumti eſt *ſæuitia belli,* et quidem tanta, vt quilibet ſalutem fuga quærere amet, quam vitam ſuam ambiguo exponere diſcrimini. Contingere itaque fa-

Digitized by Google

facillime poteſt, vt in locis patentibus, et quotidianis excurſionibus hoſtium obnoxiis, fora deſerantur, iudicia frigeant, ipſique iudices, et quibus cura publicæ rei commiſſa erat, aufugiant, ex quo per ſe oritur iuſtitium reſpectu eorum, qui in tali loco malunt ſubſiſtere, quam aufugere. Non diſquiram hic plenius, an et quatenus magiſtratui in tanta calamitate fugere liceat nec ne? cum tanta poſſit eſſe hoſtium barbaries et ſæuitia, tanta defenſionis inopia, vt illud, quod alias illicitum, fiat licitum, qualia triſtiſſima tempora experta eſt Germania noſtra in bello tricennali, vbi plurimis in locis curiæ clauſæ, templa deſerta, vt omnia fere in totalem diſſolutionem vinculi ciuilis ruere viderentur. Eadem ratio quoque eſt *publicarum ſeditionum & turbarum* in republ. et in primis tunc, vbi hæ contingunt interregni tempore, vt obtineat illud, quod de ſtatu Iſraelitico in ſacris legitur zu der Zeit war kein König in Iſrael und iederman that, was ihm recht dauchte. *Iud. XVII, 6. XVIII, 1. XIX, 1. XXI, 25.* Quodſi tempora feralis illius interregni, quod poſt mortem Friderici II. Germania perpeſſa eſt, conſideramus, triſte exemplum iuſtitii vniuerſalis fere nobis ob oculum ponitur: quod optime delineat LEHMANNVS *in Chron. Spir. L. V. c. 95.* inquiens: Von Zuſtand der damaligen Zeit iſt zu wiſſen, daß es ergangen, wie es GOtt den Menſchen zur Nachrichtung und Wiſſenſchaft in ſeinen Wort in unterſchiedlichen Orten laſſen vorzeigen, als in Buch der Richter am 17. und 21. ſtehet: Zu der Zeit war kein König in Iſrael, und ein jeglicher thät, was ihm recht bedaucht. Auf ſolchen Schlag ſchreiben die Hiſtorici von der Zeit des Interregni, und in Summa ſo viel, daß die Reichs-Ordnung und Geſetze alles Anſehn und Gehorſam bevorab bey den höhern Ständen, verlohren, dieſelbe den

vt et publica ſeditio

Mangel eines Haupts gerne geſehen, ihre Gewalt und Herrſchaft durch der Nachbaren Verderben erweitert und vermehret, alles Recht ſey auf der Fauſt beſtanden, der Gewaltige hat das beſte Recht gehabt, innerliche Unruhe und Krieg der höhern Stände unter ſich ſelbſt und wieder die Städte ſeynd in vollem Schwang gegangen ꝛc. Potiſſimum vero erat eo tempore iuſtitium publicum reſpectu ſtatuum imperii, ex quo etiam non improbabiliter originem Auſtregarum deducit CONRING *de iudic. Reipubl. Germ. th. 53.* vbi ait: *Namque omni illo tempore nulla fuerunt iudicia publica, neque potuerunt non interea controuerſiæ inter principes oriri.* Ad has itaque ſopiendas conſultum viſum fuiſſe ait, ſi non per vim, ſed magis per arbitros res componeretur.

Origo Auſtregarum ex iuſtitio publico.

Altera cauſſa eſt tempus peſtis.

§. XIX. Altera cauſſa eſt tempus *peſtis diriſſimæ,* quæ itidem iuſtitium producere apta eſt. Vnde ICti ſæpe ſolent tempus belli et peſtis æquiparare, quod admitti poteſt, ſi publicam calamitatem, vtrobique fere eandem, reſpiciamus; ſed neutiquam iuxta veterum profanam ſententiam, ſecundum quam voluerunt, tempore peſtis eſſe bellum inter DEVM et homines, ita vt quilibet in expeditione conſtitutus cenſeatur, qua profana formula vſi ſunt BARTOLVS *in L. naturaliter ff. de Uſuc. n. 22.* GAIL. *Libr. II. obſ. 118. n. 18.* PAVLLVS CHRISTINAEVS *ad LL. Mechlin. tit. 17. art. 1. n. 24.* NICOL. BOER. *Dec. 228. n. 8.* BERLICH. *P. 3. concl. 5. n. 2. et Dec. 66.* Verum abſurditatem huius æquiparationis quilibet ſatis deprehendit, vt recte SCHILTER. *Ex. 21. §. 28.* contra hos profanos Doctores exclamauerit: *Odi profanum vulgus et arceo.* Interim calamitatem publicam et omnium rerum confuſionem inde oriri, mecum facile quilibet fatebitur, quam optime deſcribit LIVIVS *L. 24. C. 26. et L. 4. C. 31.* Et quid multa? tanta poteſt eſſe, præ-

Digitized by Google

præſertim in pagis, aliisue locis paruis omnium rerum perturbatio, vt omnia iudicia per ſe ceſſare debeant, adeoque exinde iuſtitii cauſſa aliquando oritur.

§. XX. Denique vltimum malum, quod rebuſpubl. imminere poteſt, eſt *diriſſima fames*, quam natura vinci non ſinit, vt loquar cum LIVIO *L. 5. c. 48.* quæ tanta aliquando Romæ fuit, vt multi ex plebe ſpe amiſſa potius, quam vt cruciarentur trahendo animam, capitibus obuolutis, ſe in Tiberim præcipitauerint, LIVIO teſte *L. 4. c. 21. in fin.* Ad hanc itaque abigendam contingere poteſt, vt magiſtratus diſcedant, et pleriſque aufugientibus, per ſe iuſtitium aliquod enaſcatur. Memorabile exemplum apud DIONEM *Lib. 5.* deprehenditur, vbi ita: *Hæc Romanis infeſta fuerunt, ac fames præterea ingens, adeo vt gladiatores mancipiaque venalia vltra octoginta M. paſſus ſint ab vrbe redacta, multosque ex ſuis miniſtris, cum alii tum ipſe Auguſtus ablegauerint, iuſtitium indictum, ſenatoribus, vt, quo vellent, proficiſcerentur, permiſſum fuerit.*

Tertia cauſſa eſt fames vrgentiſſima.

CAPVT II.

DE EO QVOD DVRANTE IVSTITIO IVSTVM EST.

ARGVMENTVM.

§. I. *Status controuerſiæ.* II. *De ſtatu iuſtitii vniuerſalis quæſtio anceps.* III. *Deciſio. In defectu omnium iudiciorum ſtatus naturalis reducitur.* IV. *Iudiciis inferioribus tantum clauſis, ſtatus ciuilis ſeruatur.* V. *Conuenientia ſtatus iuſtitii cum ſtatu naturali.* VI. *De his, qui ſibi ius dicunt tempore iuſtitii.* VII. *Remouetur dubium, quod quilibet iudex ſuſpectus ſit in propria cauſ-*

 ſa;

ſa; VIII. nec non alterum dubium, ab iniuſtitia deſumtum. IX. De validitate tranſactionis tempore iuſtitii. X. Grotii opinio de facultate ius ſibi dicendi, ſi quis de adminiſtratione iuſtitiæ deſperat, confutata. XI. et XII. De via facti tempore iuſtitii in cauſſis in lite pendentibus. XIII. Praſcriptio non currit tempore iuſtitii. XIV. An ſola hoſtilitas ſiſtat præſcriptionem? XV. Dubia aduerſus vulgarem opinionem. XVI. Auctoris deciſio ex diuerſa vſucapionis et præſcriptionis indole. XVII. Vſucapio currit aduerſus impeditum; non vero præſcriptio, XVIII. ne quidem iure Codicis. Applicatio huius doctrinæ ad quæſtionem. XIX. De vi Legum pendente iuſtitio. XX. De valore negotiorum, iudicialem auctoritatem deſiderantium, tempore iuſtitii. XXI. De valore extraiudicialium negotiorum. XXII. De delicto tempore iuſtitii commiſſo. XXIII. De iure mariti circa diuortium tempore iuſtitii. XXIV. De iuſtitio particulari. De iure iudicis et aduocati intuitu ſalarii. XXV. De appellatione per ſaltum durante iuſtitio. XXVI. De iuſtitio in ſupremo iudicio. XXVII. De iure domini territorii pendente iuſtitio Camerali.

§. I.

Status controuerſiæ formatur.

Quamuis ſecundum tradita capitis præcedentis varia ſit ratio iuſtitii, ita vt aliquando magis ad ferias accedere, quale erat iuſtitium ob luctum publicum indictum, aliquando vero ad ſtatum naturalem inclinare videatur, nihilominus tamen in hoc capite, vbi quid in hoc ſtatu, quo iuſtitium viget, iuſtum ſit, excutiendum erit, magis poſteriori in ſenſu conſiderandum erit, quatenus *totalem iudiciorum ad tempus* inducit *ceſſationem,* iudicum manus ligat, vel vt horum plane deſit copia, efficit, ſiue Iuſtitium ſit ſumtum, ſiue indictum. Vnde etiam conſideratio iuſtitii illius, quale triſtis ſtatus cameræ imperialis hocce tempore *) adhuc refert, non aliena erit a ſcopo meo, quippe re vera hoc iudicium auguſtum clauſum eſt, et aſſeſſores came-

*) Anno CIↃ IↃ CCV.

meræ magis, vt priuati, quam vt iudices ibi degunt. Reliquæ iuſtitii conſiderationes hodie, vt dictum, minus frequentantur, et ſi noſtris adhuc in foris eſſent vſitatæ, tamen effectus earum ex iure feriarum facile conſtare poſſent.

§. II. Vt autem eo diſtinctius progredi queam, reuocanda eſt ex capite antecedenti diſtinctio iuſtitii, qua diuidebatur in *vniuerſale* et *particulare*, quia ſatis conſtat in vtroque caſu adeſſe diuerſum reipublicæ ſtatum, et ſic quoque diuerſa erunt iura. Primo itaque videamus, *quid iuſtum ſit tempore iuſtitii vniuerſalis*, vbi eiuſmodi ſupponimus caſum, quo ob publicam calamitatem reipublicæ in nonnullis locis in totum frigent iudicia, et copia iudicis deficit. Verum quæſtio hæc, quid interim iuris ſit, non ſatis recte examinari diiudicarique poteſt, niſi antea præiudicialis quæſtio ſatis excuſſa fuerit, *qualis ſtatus tempore iuſtitii talis adſit*, an ciuilis adhuc maneat, an vero degeneret in naturalem. Hoc enim cognito, iuris quæſtio haud ambigua erit, quippe quæ ſtatus conditionem ſequitur. Pro vtroque ſtatu prægnantes occurrunt rationes. Si *naturalem* ſtatum conſidero, certum eſt, iudicia ibi per ſe ceſſare, iudicum copiam deeſſe, nec legum ciuilium vllum vigorem ibi deprehendi, ſed magis per vim et bellum turbasque omnia fieri, et quemlibet denique eſſe actionum ſuarum moderatorem et arbitrum. conf. HERTIVS *Diſſ. de Differ. iuris in ſtatu naturali et aduentitio S.* I. §. 4. et 14. Hæc ſi cum ſtatu iuſtitii comparo, ſatis claram ſtatus naturalis referre videntur imaginem. Iam enim ſuppoſitum eſt, ceſſare iudicia, et dum iudex deficit, quis erit legum ciuilium vigor, *quantum enim eſt ius in ciuitate, niſi ſint, qui iura regere poſſint, immo conſtare non poteſt ius, niſi ſit aliquis, per quem quotidie ius poſſit in melius produci,*

Primo agendum de Iuſtitio vniuerſali.

Quæſtio anceps, qualis ſtatus tempore iuſtitii, an naturalis an ciuilis.

vt dicitur in *l. 2. §. 13. D. de O. I.* nec deficiunt in tali ſtatu turbæ, ob quas primario iuſtitium oriri ſolet. Optime huc collimat CICERO *in Orat. pro Sextio* inquiens: *inter hanc vitam perpolitam humanitate, et illam immanem, nihil tam intereſt, quam ius atque vis. Horum vtro vti nolimus, altero eſt vtendum. Vim volumus exſtingui? ius valeat neceſſe eſt vel iudicia, quibus omne ius continetur. Iudicia diſplicent aut nulla ſunt? vis dominetur neceſſe eſt.* Sed ſi ſimul mecum animo reputo, per caſum aliquem accidentalem, belli aut peſtis ſubditos non deſiniere tales eſſe, eosque vi homagii adhuc adſtrictos eſſe, vt in fide erga ſuum imperantem, quicunque demum caſus inciderit, maneant, *ciuilis* adhuc durare videtur ſtatus, nexu imperii licet valde laxato, quod vel inde quoque apparet, quod remiſſo iuſtitio omnia in priſtinum reſtituantur ſtatum, et vigor iudiciorum paullatim remiſſus reuiuiſcere incipiat.

Deciſio (1.) quoad anarchiam.

§. III. In re tam ambigua diſtinguendam videtur; vtrum tantum iudicia inferiora deficiant, an vero omnis omnino iuriſdictio etiam ſuprema quaſi mortua ſit, ob imperantis defectum. Hoc caſu reſpublica parum ab Anarchia abeſſe videtur, qualem ſtatum quodammodo deſcribit TACITVS *lib. 3. annal. cap. 24.* his verbis: *Exin continua per viginti annos diſcordia, non mos, non ius, deterrima quæque impune: ac multa honeſta exitio fuere.* Subiit idem fatum triſte Germania noſtra tempore interregni, quo tempore, vt loquar, cum *Chronico Hirſaug. cum non eſſet rex in terris, qui motus prædonum reprimeret, omnia per tumultum ſine lege, ſine ordine, pro lubitu fiebant.* In Friſia etiam, cum omnia in Imperio Romano-Germanico turbis agitarentur, fere per ſæculum turbidas res fuiſſe narrat VBBO EMMIVS *lib. 13. rerum Friſic. ad ann. 1343. ſeqq.* Sciſſa erat gens

Digitized by Google

gens tota in duas factiones ſummas, verum ita, vt ſine ſedibus certis gladii per omnem prouinciam micarent, ſibi quiſque nobilis et paterfamilias viribus ſuis fidens clientes amicosque in auxilium arciſceret, auctor et dux pugnæ eſſet, arces contra arces, turres contra turres in eadem vicinia vbique erigerentur et munirentur, plerumque bellum ſine legibus belli, nec modo cædes et ſanguis in rabie præliorum, ſed etiam in captos ſæuitia, carceres inhumani et quicquid furor ciuilis odiis efferatis indulget, ſine fine modoque exercerentur. Cum itaque per talem ſtatum vinculum ciuile plane ruptum ſit, ſtatum *naturalem* redire certum eſt, et rempublicam mutari in diſſociatam multitudinem. HERTIVS *in element. prud. ciuil. P. 1. Sect. 12. in f.* Quo poſito non alia iura ibi vigere poſſunt, quam quæ obtinent in ſtatu naturali, quieſcentibus omnibus legibus ciuilibus, quæ antea obtinebant.

§. IV. Quodſi vero imperium non in totum diſſolutum ſit, ſed imperans adhuc habenas reipublicæ teneat, interim ob caſum belli vel peſtis tot turbis implicitus ſit, vt vel inuitus iuſtitium in nonnullis locis auertere haud poſſit, nec tamen ratio calamitatis publicæ patiatur, vt in defectu iudiciorum ſubditi poſſint recurrere ad ſummum imperantem aliosue, qui nomine eius ius dicunt, manet ſuo modo adhuc ſtatus ciuilis, cum plena anarchia nondum ſit introducta, ſed tantum iudicia inferiora in illis locis deficiant; Et huc quodammodo ſpectat, quod GROTIVS *de I. B. et P. lib. 1. cap. 3. §. 2. n. 1.* dicit, poſſe in ſtatu ciuili aliquando ceſſare iudicia, vel *momentanee* vel *continue,* quamuis, quæ ad poſteriorem caſum referat exempla, parum quadrent v. g. *ſi ſubditi iudicem non audiant*, ſi per rebellionem ſcilicet, ſeditionem et diſſidium inteſtinum ſit iuſtitium, vti

(2.) Quoad defectum inferiorum iudicum.

vti addit GRONOVIVS *ad cit. loc. vel etiam iudex aperte cognitionem reiecerit.* Nam poſteriori caſu non ſtatim vincula ordinatæ ciuitatis ſunt laxanda, ſed res ex capite denegatæ iuſtitiæ ad ſuperiorem deferenda, HVBER. *de Iur. Ciuit. lib. 3. ſect. 2. cap. 1. §. 4.* priori caſu ſeditioſos contra iudicem inferiorem in ordinem reducet imperans, vt bene monet HENNINGES *ad Grot. cit. loc.* Differt itaque hic ſtatus turbidus, in quo iuſtitium enatum eſt, a mere naturali, quod in hoc *per ſe* ceſſent iudicia, hic vero *ex accidenti*, ſaluo interim imperio ciuili, adeoque hic inter ſubditos adhuc quoddam vinculum ciuile remanet, per quod ab initio in ciuitatem coaluerunt, vi cuius adhuc ſibi inuicem adſtrictius obſtringuntur, cum in ſtatu naturali tantum adſit vinculum, quod natura inter omnes homines conſtituit, quod propter hominum corruptionem ſatis laxum eſt.

Differentia ſtatus iuſtitii a ſtatu naturali.

Status iuſtitii in multis conuenit cum naturali.

§. V. Interim non diffiteor, quamuis, iuſtitio in aliquo loco exorto, non plena inducatur anarchia, et ſtatus naturalis, tamen, ſi effectus iuris nonnullos conſideramus, parum talem ſtatum, in quo iudicia ceſſant, differre a *naturali.* Potior enim ratio inter *ciuilem* et naturalem ſtatum in eo ſita eſt, quod ibi ob iudiciorum conſtitutionem nihil manu agendum ſit, ſed omnia iudicis deciſioni committi debeant, in quem finem etiam iudicia ſunt introducta. Aſt in *ſtatu naturali* hæc omnia ceſſant, et quilibet magis ferro, quam iure rem ſuam repetit, quia deficit iudex. Iam vero tempore iuſtitii itidem deficit iudex, vt adeo, quæ in ſtatu naturali licita ſunt, hic quoque *ob defectum iudicis* licita eſſe videantur. Quod ſi vrgeas, *arbitris* potius cauſſam controuerſam eſſe committendam, qualia arbitria tempore interregni Germanici plura fuerunt; non diffiteor

Digitized by Google

fiteor quidem, hoc optimum factu eſſe, ſed magis ad *conſilia* ſpectat, nec ſemper in effectum deduci poteſt. Quid enim ſi aduerſarius arbitrium reſpuat, ſi nolit iure æquo contendere, cum ad hoc cogi non poſſit, quid ſi nemo adſit, cui tuto cauſſæ deciſionem committere valeamus? Si dicis, exſpectandum eſſe finem iuſtitii, et nihil interim manu agendum, facile quidem hoc admitto in cauſſis, moram ferentibus, et vbi mox finis iuſtitii exſpectandus eſt. Verum quid, ſi res moram non patitur? ſi ita turbidæ ſunt res communes, vt iuſtitii remiſſio non tam facile ſperari poſſit, et denique quid ſi etiam in cauſſis moram ferentibus quis ius ſibi ipſi dixit, quæſtio principalis eo nunc delabitur: an ceſſante iuſtitio propterea puniri poſſit?

An pœnam mereatur, qui tempore iuſtitii ſibi ius dixit?

§. VI. Scilicet in ſtatu tranquillo ciuili illud illicitum eſſe, et præterea pœna digna coercendum, ratio iudiciorum introductorum ſuadet. Vnde creditor, qui per vim vel auctoritate propria rem ſuam vel debitum ſuum debitori extorſit, priuatione iuris ſui punitur. *l. extat. 13. quod met. cauſ. l. 7. C. de vi publ. l. 10. C. vnde vi. l. 4. C. finium regund. nou. 60. cap. 1.* Aſt eiuſmodi leges pœnales ſemper præſupponunt, facultatem iure agendi non deeſſe: nam, vt ait GROTIVS *de J. B. et P. l. 1. c. 3. §. 2. n. 1. lex vetans ſine iudice ſuum conſequi, intelligi commode debet, vbi copia eſt iudicii:* hoc ergo ceſſante, pœnæ ordinariæ poſtea locum habere nequeunt. Conf. *Eund. lib. 2. c. 7. §. 2. n. 2.* quod eo magis aſſerendum, cum etiam dentur caſus, vbi via facti, vigentibus iudiciis, non eſt interdicta, ſi ſtatim Iudex adiri non poſſit, et interim periculum omittendarum rerum immineat Struv. *de Vind. Priuata c. 6. aph. 9.* Interim quia non plane totus ſublatus eſt ſtatus ciuilis, alia nunc quæſtio eſt: *an*

non, iudiciis reſtitutis, poſtea de ipſa cauſſa, in qua alter tempore iuſtitii ſibi ipſi ius dixit, iudex ad implorationem alterius cognoſcere debeat, an alter recte ſibi ius dixerit nec ne? quod merito affirmandum, cum plerumque quis ſuſpectus iudex ſit in cauſſa propria. Ex quo apparet, illud, quod tempore iuſtitii eo modo factum eſt, magis operari impunitatem, quam certum iuris effectum, immo ſimul et illud euidens eſt, iuſtitium non in totum inducere ſtatum naturalem, cum de interim geſtis ſuperſit adhuc cognitio iudicialis, remiſſo Iuſtitio, peragenda, quæ in ſtatu naturali plane exſpectari nequit; ſed vel tranſactione vel victoria lites deciduntur.

Remouetur dubium, quod quis ſit ſuſpectus iudex in cauſſa propria.

§. VII. His valde obſtare videtur, quod *ſec. l. 10. ff. de Iuriſd. et t. t. C. ne quis in cauſ. ſua indicet,* nemo in cauſſa propria iudicare poſſit, propter tenerrimum affectum, quo quiſque ſibi prodeſſe mauult, quam alteri, et propterea ſæpe non attendit in iure alteri tribuendo normam iuſtitiæ diſtributiuæ, immo homo quilibet proprias tantum ſequitur vtilitates, atque adeo contra has non admittet regulam iuſti; qua ratione forſan inductus HOBBESIVS, vt crederet, in ſtatu naturali non dari iuſtum, ſed huius efficaciam demum exſpectandam eſſe in ciuili ſtatu, vbi dantur iudicia *in Leuiath. c. 13. et c. 15. et tr. de Ciue c. 12. §. 1.* Conf. ADRIAN. HOVTVYN. *in Polit. gener. §. 7. ſeqq. et §. 34.* Hinc VASQVIVS *l. 1. Controu. illuſtr. c. 12. n. 3.* aſſerere non dubitat, hanc regulam non ſolum in iure ciuili, ſed et naturali maxime fundatam eſſe, et QVINTILIAN. *declam. 13.* apposite ad rem ait: *nos ideo magiſtratus legesque a maioribus noſtris accipimus, ne ſui quiſque doloris vindex ſit: et aſſiduæ ſcelerum cauſſæ ſe refellunt ſi vitio crimen imitabitur.* Verum enim vero tantum abeſt, vt hæc aſſertio indiſtincte procedat, quin

Digitized by Google

quin potius illa manifeſto etiam in ſtatu pacifico ciuili limitanda ſit per *tot. tit. Cod. quando liceat vnicuique ſine iudice ſe vindicare it. L. 3. §. vlt. ad L. Cornel. de Sicar. L. 1. Cod. Vnde Vi L. 7. §. 3. quod vi aut clam.* Et quis denegabit ſummo imperanti iudicium in propria cauſſa, ſi forſan cum aliquo ex ſubditis ei res ſit, cum per ſe ſuperiorem non habeat, cuius iudicium agnoſceret. PVFFENDORF. *de Iure N. et G. lib. 5. c. 13. §. 2.* HILLIG. *ad Don. lib. 17. c. 2. lit. B.* BRVNNEM. *ad l. 4. C. de LL. et ad l. vn. C. ne quis in cauſ. ſua.* SCHRADER. *de feudis p. 10. S. 2. n. 64.* Immo quod ad ſtatum naturalem attinet, tum plane eſt falſa, et locum maxime habet: *Vbi Iudex deficit, ibi bellum incipit*, et propria de re ſua iudicandi poteſtas. HERT. *Diſſ. de different. iur. in ſtat. nat. et aduent. S. 1. §. 14.* Et quanquam ſæpe in hoc ſtatu contingere ſoleat iuſtitiæ exilium, id tamen non euincit, quod in totum ceſſare debeat in hoc ſtatu iuſtum. HERT. *cit. l. S. 1. §. 1. 2.*

Dubium nouum, quod inde nemo ius conſequatur.

§. VIII. Nec porro noſtræ ſententiæ aduerſatur, quod ita hoc ius, quod ſibi ipſi quis dicit per vim, *ars boni et æqui* iuxta *L. 1. ff. de I. et I.* haud ſit, quia tum potentior vincit infirmiorem, et iniuſtitia vt plurimum prædominatur, nec etiam corrigi poteſt ſecundum regulas iuſtitiæ, ſed is, qui in lucro eſt, vel titulo qualiſcunque poſſeſſionis illud retinet, ſponte ſatisfacere recuſat, vt tandem alter, qui in damno conſtitutus, de illo tranſigere, et multum de iure ſuo, quod manifeſtiſſimum eſt, remittere teneatur. Quid quod, cum in ſtatu ciuili, vbi non deeſt copia iudicis, eiuſmodi iniuſtitiæ documenta inter homines occurrant, vbi quilibet malæ fidei poſſeſſor ægre et difficulter relinquere vult poſſeſſionem, quid exſpectandum in ſtatu iuſtitii, vbi iudicia ceſſant, quod ſimul experientia fir-

 mat

mat ab omnibus ſæculis. Verum eo ipſo, quo in ſtatu iuſtitii viam facti non abſolute improbamus, non poteſtatem legitimam aut plenum ius damus, ſibi ipſi ius dicendi etiam per vim et iniuriam, niſi pro conſeruatione vitæ, famæ et bonorum iuſtam defenſionem quis ſuſcipiat, quam quiſque optimo iure ſuſcipere poteſt. *L. 3. de I. et I.* Sed hoc tantum volumus, quod propterea iuſtitio remiſſo, nemo incidat in pœnam priuatæ vindictæ, quæ regulariter conceſſa non eſt, atque adeo eatenus quendam effectum externum iuris inter homines videtur habere, dum hic proceſſus violentus non poteſt plane pro nullo haberi, vel præſens, qui ſibi per vim ius dixit, puniri. Maiorem vero effectum habet iudicialis ſententia, quæ ius verum, irreuocabile et perfectiſſimum inter partes facit ob concurrentem publicam, vnde promanauit, auctoritatem, quæ in priuata vindicta ceſſat.

An valeat tranſactio tempore iuſtitii interpoſita?

§. IX. Quibus poſitis, cum ſæpe contingere poſſit, vt tempore iuſtitii inter partes controuertentes tandem res per tranſactionem quandam componatur, vbi plerumque pars infirmior metu potentiæ vel violentiæ præſentis cedere potentiori debet, paucis iam videndum, quid de tali *tranſactione* eiusque validitate iudicandum ſit? Ponamus, infirmiorem poſſidentem quotidie inquietari ab aduerſario potentiori, immo re vera hunc illi vim inferre maiorem, cui reſiſtere non poſſit, iura interim vtrinque dubia eſſe, nec poſſeſſorem ſe aliter a præſente et inſtante periculo liberare poſſe, quam tranſactione, quam alter vrget, inita, maximaque parte rei litigioſæ alteri tradita. Hiſce ſub circumſtantiis quæſtio nunc oritur, *an remiſſo iuſtitio contra tranſactionem talem ab eo, qui antea rem controuerſam poſſederat, poſſit peti reſciſſio ex capite quod metus cauſſa?* Equidem

Digitized by Google

dem ſi extra iuſtitium cauſſam conſideramus in ſtatu Reipubl. pacifico, non dubium, quin tranſactio vires non habeat, ſed reſcindi poſſit *l. 2. §. 8. D. de Calumniat. t. t. ff. quod met. cauſſa.* Aſt, poſito iuſtitio, alia videtur deciſio facienda; aut enim vis fuit *iniuſta*, aut ſecus. *Poſterius* ſi dicimus, res clara eſt, quia tunc ceſſat reſtitutio; ſi *prius*, aliud dicendum quidem, ſed iam antea monitum, abſolute in *ſtatu iuſtitii* vim non eſſe iniuſtam, vel ſaltim impunitam, adeoque effectus iuris ciuilis, qui *vim* in ſtatu ciuili pacifico ſequuntur, *hic ceſſare;* ex quo concludo, remiſſo iuſtitio, non poſſe dari locum *reſtitutioni in integrum* ex capite *quod metus cauſſa*, ſi modo, quod ſuppoſui, cauſſa vtrinque *dubia* tempore tranſactionis fuerit. Si enim illa, in quibus quis ſibi ipſi eo tempore ius dixit, ceſſante iuſtitio, non reuocantur, niſi iure omni deſtitutus poſtea appareat; quanto magis illud dicendum eſt in caſu tranſactionis, cuius cauſſa adhuc magis fauorabilis eſt: neque enim facile permittendum, vt quæ ſemel ſopita ſunt, de nouo reſuſcitentur. *l. 33. C. de tranſact.*

An etiam quis ſibi ipſi poſſit ius dicere, ſi de adminiſtratione iuſtitiæ deſperet?

§. X. Ceterum quæ hactenus dicta ſunt, etiam tunc obtinere putat GROTIVS *de I. B. et P. l. 2. c. 7. §. 2. n. 2.* in caſu, ſi *ius* quidem certum ſit, ſed ſimul moraliter certum, *per iudicem* iuris explementum obtineri non poſſe, puta quia deficiat probatio. In hac enim circumſtantia aſſerit, etiam ceſſare legem de iudiciis, et ad ius rediri priſtinum, quod ſcilicet fuit ante conſtitutas ciuitates. Quæ ſi vera ſunt, obtinebit aliquando effectus iuſtitii, vbi nullum eſt iuſtitium. Verum quomodo hæc inter ſe cohæreant, non ſatis deprehendo, neque enim hic ceſſant iudicia; immo ſufficit, quod non ceſſet *ratio*, propter quam iudicia ſunt introducta, et non poſſit non *turbis*

et contentionibus grauioribus dari occaſio, ſi hæc in vſum deducerentur, quin quod cum de eius iure non conſtet, nunquam ſatis ſecure ſuo poſſit frui iure. Quodſi enim ſibi per vim ius diceret, alteri ſemper parata forent *remedia iuris* ordinaria ad conſequendum illud, quod ab altero violenter occupatum eſt; quin pœnam legibus ciuilibus conſtitutam haud effugeret. Habebit ergo hic locum quod dicitur in *l.* 30. *D. de teſtam. tut. tibi non deficit ius, ſed probatio.* Neque a ſtatu iuſtitii hic tuto ad hunc caſum concludi poteſt, ob diuerſam plane rationem vtriuſque ſtatus, quæ etiam diuerſam deciſionem poſtulat. Optime hoc declarat HERTIVS *diſſ. de different. iuris in ſtatu natural. et aduent. ſect.* 2. §. 14. inquiens: *Et ſane nunquam moraliter certum videtur, per iudicem ius obtineri non poſſe, niſi prius res in iudicium ducatur, et de ſufficientia probationis cognoſcatur. Porro, ſi actore non probante, reus iuſte abſoluatur, quomodo contra iuſte abſolutum actor ſibi ius dicere iuſte poterit, ita vt non aut de vi aut de furto teneatur: Ad hæc ſunt aliæ probationes, ſi non per teſtes et inſtrumenta, certe per iusiurandum quod vel litigans litiganti, vel etiam iudex interdum defert: ſunt et alia componendæ litis remedia. Quæ omnia ſi fruſtra fuerint, ſatius erit Deo rem committere, quam pœnam violentiæ aut furti in foro externo mereri.*

Quid iuris in cauſſis in lite iam pendentibus, ſuperueniente iuſtitio?

§. XI. Et quidem quod hactenus de via facti dictum eſt, verum eſſe ſatis apparet *in cauſſis tempore iuſtitii nouiter emergentibus.* Aſt maior difficultatis ratio eſt *in cauſſis in lite pendentibus* et iuſtitio interueniente ſuſpenſis, vbi adhuc cauſſa dubia eſt, an et quatenus quis ſibi impune per vim ius dicere poſſit, qui probabilem ſe habere cauſſam putat, vt nullum committat ſpolium. Ratio diuerſitatis videtur ſubeſſe, quod cauſſa liti ſemel commiſſa, ideoque a iudicio exſpectanda ſit deciſio, quæ

per

Digitized by Google

per iuſtitium ſuperueniens non plane in totum interuerſa, ſed tantum ſuſpenſa eſt, propterea quoque æquum eſſe videatur, vt is, qui in poſſeſſione eſt, tamdiu frui debeat commodis poſſeſſionis, donec de iure conſtiterit, atque adeo ſi tempore iuſtitii alter violenter occupauit poſſeſſionem litigioſam, poſſeſſoremque deiecit, ceſſante eo, omnia ſint reſtituenda in ſtatum priſtinum, et cauſſa de nouo peragenda ſeu potius continuanda: Semel enim ante iuſtitium, lite inſtituta, poſſeſſor quaſi tacite tamdiu in poſſeſſione firmatus eſt, donec alter ius ſuum oſtenderit. Neque obſtat, quod in hoc quoque caſu vis impunita eſſe debeat, nam licet hoc admittam, ne poſſit ſuo priuari iure, alia tamen quæſtio eſt, quid iuſtitio remiſſo ſtatuendum, vbi iam proceſſus ante iuſtitium inchoatus, et per iuſtitium ſuſpenſus, continuandus eſt, an non ſic reus prioribus debeat frui prærogatiuis, an vero is, qui antea reus erat, iam ſuſcipere teneatur partes actoris, et ita nouum inſtituere proceſſum, id quod durum videtur.

Quomodo actor interim ſibi proſpicere poſſit, ſi reus ſuſpectus reddatur de dilapidatione vel fuga?

§. XII. Non tamen ei, qui vices actoris ſuſtinet, hoc quoque caſu omne denegamus auxilium, quin potius ipſi concedimus durante iuſtitio idonea remedia, quibus ſecuritatem iuris ſui *defendere* et munire poteſt, ne alioquin interim dolo aduerſarii fruſtretur, et remiſſo iuſtitio inanem actionem exſpectare neceſſum habeat. Cum enim, vigentibus iudiciis, quilibet ad ſuam *ſecuritatem* adhuc plura remedia adhibere poſſit, vbi non tantum ſubeſt periculum amittendi iuris; quanto magis talia remedia admittenda erunt tempore iuſtitii, vbi maius periculum et multo plures occaſiones, alteri ius ſuum interuertendi. Quid enim ſi debitor iam ſit in fuga comprehenſus? Hoc caſu etiam in ſtatu ciuili, iudiciis non ceſſantibus in totum,

non

Digitized by Google

non interdictum eſt debitori pecuniam auferre, quanta ad debitum ſoluendum ſufficit, *L.* 10. §. 16. *D. quæ in fraud. creditor.* Rationem huius viæ facti collocant Dd. in eo, quod creditori haud integrum ſit adire iudicem, et ſic videantur iudicia ceſſare momentanee CVIAC. *lib.* 16. *Obſer.* 19. PETR. PECK. *de iure ſiſtendi c.* 2. *n.* 1. *ſeqq.* Quid ſi tantum ſuſpectus ſit de fuga? tum etiam eundem capere licere, putat quidem *gl. in l.* 1. *C. de pign. et* HYPPOL. MARSIL. *ſingul.* 41. quod tamen in ſtatu iudiciorum vigentium non abſolute admittendum eſſe iudicat STRVV. *de vindict. priuat. c.* 6. *aph.* 9. *n.* 3. cum adhuc iudex adire poſſit, quæ ratio cum ceſſet tempore iuſtitii, aliud dicendum videtur. Quid ſi cautionem præſtare non poſſit? tam eius perſonam quam bona præuia cauſſæ cognitione arreſtari poſſe certiſſimi iuris eſt. Multo magis ergo tempore iuſtitii his in caſibus quoque priuata auctoritate apprehendi poteſt, cum ita ceſſet iudex continue, nec ita incarcerans incidat in crimen læſæ Maieſtatis, quod alias committit, qui priuatos carceres exercere non veretur *l.* 1. *C. de priv. carcer.* Quid denique ſi dilapidare rem, quam alter hactenus in iudicio petiit, durante iuſtitio incipiat? Sicuti hoc caſu a iudice illa ſequeſtrari, ita quoque tempore iuſtitii quilibet ſibi ſecuritatem quacunque ratione quærere poteſt. Leges etenim generaliter vim prohibentes ſemper limitandæ ſunt ex præſumta legislatoris voluntate in ſpeciali deficientis iudicis caſu, vel ſi neceſſitatis ratio aut vtilitas publica aliud ſuadeat.

An præſcriptio currat tempore iuſtitii?

§. XIII. Quodſi vero is, qui actionem aduerſus alterum efficacem haberet, interim quieuerit, id quod etiam humanius eſt, et ius ſibi ipſi non dixerit, vel etiam dicere non potue-

Digitized by Google

potuerit, certe *præſcriptionis* pœna non inuenit locum, quia nihil eſt, quod ei imputari poteſt, qui ius ſuum commode perſequi non potuit. Neque enim ei obiici poteſt, quod ſibi vigilare, et quouis modo ius ſibi dicere debuiſſet, cum ad hoc non adſtringatur, et humanius agat, ſi illo iure, quod tantum *impunitatem* præſtat, veram autem et legitimam facultatem non tribuit, abſtineat. Neque admitto argumentum a *ſtatu naturali*, quod in eo etiam præſcriptio locum inuenire poſſit; iuſtitium autem parum a ſtatu naturali abſit, vt ſupra dictum. Nam quamuis non tam audax ſim, vt ex hypotheſi Gallorum, qui ſub hoc prætextu Monarchæ ſuo cumulum prætenſionum augere vnice contendunt, omnem inter gentes præſcriptionem negare velim, ſatis quippe edoctus, quantum hæc hypoteſis a primis iuris Naturæ principiis aberret, quod contra Petrum Puteanum, Regi Galliæ quondam a conſiliis et Bibliothecis, ſolide oſtendit IO. WERLHOFF. *diſſ. de Præſcript. inter gentes liberas*: Interim tamen diuerſitatis ratio euidens hic ſubeſt, cum inter gentes in totum dificiant iudicia, durante vero iuſtitio ad tempus ſaltim, ſpes tamen ſupereſt, fore vt iudicia reſtaurentur, quibus iure agi licebit. Atque huc ſpectat deciſum pontificis in *c. ex tranſmiſſa* 10. *X. de Præſcript.* vbi in fine ait: *Propter hoc d. v. per A. ſ. m. ſi quod aſſeritur, noueritis veritate eſſe ſubnixum, prædictas decimas, et oblationes cum aliis obuentionibus matrici Eccleſiæ memoratæ ap. rem. PRÆSCRIPTIONE HOSTILITATIS TEMPORE NON CVRRENTE, reſtitui faciatis, et præfatos clericos de cætero ab eorum perceptione Ecc. cenſ. compeſcatis.* Confirmatur idem clariſſime ex *c. Prima.* 13. *C.* 16. *Q.* 3. vbi inter alia hæc deprehenduntur: *non enim erit obiicienda præſcriptio temporis, vbi neceſſitas intereſt hoſtilitatis.* Eandem æquitatem ſecutus eſt Valentinia-

nus *in nouella lege de epiſcopali iudicio*, cuius verba adducit GROTIVS *de I. B. et P. lib.* 3. *c.* 9. §. 13. *in not.*

An ſola hoſtilitas ſiſtat præſcriptionem, an vero præterea requiratur iuſtitium?

§. XIV. An vero hic ſufficiat ſola *hoſtilitas* vel belli ſtatus, vt interim dormiat præſcriptio, an vero præteræa iuſtitium, quod præciſe HAHNIVS *ad W. tit. de Vſuc.* cum aliis contendit, requiratur, quæritur. Plures hic diſtinguunt inter ius *Ciuile* et *Canonicum*, ita vt ſecundum *hoc* ſufficiat vel ſola hoſtilitas propter allegatos textus, ſecus ac *iure ciuili*, vbi quidem in impedimentis *iuris* non currit præſcriptio, bene tamen in *facti*, ſalua reſtitutione in integrum. MELA *in cap.* 5. *de conceſſion. prabend.* PANORMIT. *in c.* 10. *X. de Vſucap.* §. 26. Hoc tamen haud admittit GONZALEZ *ad c. cit.* 10. *n.* 6. ſed putat etiam tunc impedimentum facti obeſſe præſcriptioni, ne currat, ſi impedimentum ſit notorium, quale eſt hoſtilitas vel bellum. Alii aliter rem explicant.

Dubia contra vulgatas ſententias.

§. XV. Verum quamcunque elegeris ſententiam, difficultates tamen et dubia plura adhuc ſupereſſe videntur. Si differentiam inter ius *Ciuile* et *Canonicum* in hoc paſſu agnoſcimus, illa *liquida* et aperta eſſe debet, qualis tamen hic haud deprehenditur, nihil enim in textibus allegatis determinatur, vtrum *iuſtitium* tempore *hoſtilitatis* fuerit nec ne, et ſic commodam hæc generalis deciſio recipere poteſt interpretationem et reſtringi ad tempus iuſtitii. Si de iure Ciuili diſtinguis ex ſententia communi inter impedimenta *facti* et *iuris*, ſubſunt itidem obſtacula, quæ hanc diſtinctionem euertere videntur. Nam in *l.* 26. §. 2. D. *ex quib. cauſ. maior.* adeſt impedimentum iuris et tamen vſucapionis curſus haud ſiſti dicitur, quin contra lapſum temporis datur reſtitutio. Et contra in *l.* 1. *D. de diuerſ. tempor. praeſcr. iunct. l.* 25. *D. de ſtipul. ſeru.* occurrunt impedimen-

Digitized by Google

dimenta facti, et præſcripto plane non currere dicitur. Neque denique Gonzalezii ſententia litem componere poteſt. Conſtat enim *ex t. t. ff. ex quib. cauſ. maiores*, contra notorie abſentes, et aliter iuſtiſſime impeditos currere vſucapionem et locum eſſe reſtitutioni in integrum. Immo, qui notorie in hoſtium poteſtate eſt, vſucapionis periculum ſubire debet *l.* 15. *§. f. l. ſeq. ex quib. cauſ. maior. l.* 18. *C. de poſtl. reuerſ. l.* 24. *C. d. R. V. l.* 1. 2. 4. 6. *f. C. quib. non obiic. long. temp. pr.*

§. XVI. Expoſitis iſtius opinionis difficultatibus, tentabo, ex natura vſucapionis et præſcriptionis diuerſa rem omnem decidere. Quod vſucapionem concernit, leges euidenter demonſtrant, cauſſam et fundamentum eius non tam primario quærendum eſſe in odio et pœna eius, qui intra illud tempus non egit, ſed potius tum *in fauore vtilitatis publicæ*, tum *eius, qui bona fide et iuſto titulo per tempus idoneum rem detinuit.* Priorem ſatis prodit ICtus *in l.* 1. *D. de Vſuc.* et *l.* 5. *D. pro ſuo* vbi hæc additur ratio; *vt aliquis finis litium eſſet*, quod et repetitur in *l.* 2. *pr. D. de aqu. et aqua pluuia arc.* quo ſenſu etiam CICERO *Orat. pro Cæcina* vſucapionem vocat *finem ſollicitudinum.* Altera fundatur in *bona fide*, h. e. iuſta opinione, qua quis iuſte credidit rem ad ſe pertinere. Huic itaque leges merito fauere debuerunt in hac quoque materia, ſicuti in aliis etiam materiis ſingulariter eidem fauent. HERTIVS *diſſ. de iure putatiuo.* STRYK. *diſſ. de iure putatiuo.* conf. GRATIANVS *ad c.* 15. *C.* 16. *Q.* 3. Hinc recte Dd. concludunt, quod ob vtramque rationem contra vſucapionem completam ne quidem ex capite iuſtæ ignorantiæ detur reſtitutio in integrum per *l. f. et auth. malæ fidei C. de Præſcript. long. temp.* STRVV. *ex.* 8. *th.* 76. HAHN. *ad W. tit. ex quib. cauſ. mai. num.* 10. FACHIN. *lib.* 1. *controu. c.* 69. STRYK. *in V. M. tit. ex quib. cauſ. mai.* §. *f.* niſi dolus alterius concurrat

Quæſtionis deciſio.

currat *l. 1. §. f. D. quod falſ. tutor.* vel alia iuſtiſſima ratio *l. 15. §. 5. D. quod vi aut clam.* Sic itaque de ſtricto iure tum ob publicum bonum, tum ob fauorem bonæ fidei de iure Digeſtorum etiam contra quomodocunque impeditum currere debuit vſucapio, licet vel maxime ſubeſſet impedimentum iuris, vti clariſſime apparet ex *l. 26. §. 2. D. ex quib. cauſ. maior.* quia ibi etiam reſtitutio indulgetur iis, qui agere *per legem* ſeu *more maiorum* non potuerunt, quo ipſo ſupponitur, vſucapionem interim non dormiiſſe. Quid quod et tunc vſucapio currat, ſi magiſtratus copia defuit, indicto forſan iuſtitio *cit. l. 26. §. 4.* vbi itidem impedimentum iuris ſubeſſe nemo negabit. Et tandem clariſſime hoc patet ex *cit. l. 26. §. 7.* vbi vſucapionem currere aſſerit ICtus, *ſi feriæ extra ordinem ſint indictæ, ob res puta proſpere geſtas vel in honorem principis et propterea magiſtratus ius non dixerit:* vt adeoque ne quidem tempore iuſtitii indicti apud Romanos quieuerit curſus vſucapionis, ſicuti nec tempore publicarum feriarum; Interim tamen quia iniquum videbatur, hiſce ſub circumſtantiis eum, qui agere non potuit, ius ſuum amittere, inuentum eſt a Prætore extraordinarium remedium *reſtitutionis in integrum.*

De iure D. indiſtincte currit vſucapio contra impeditum.

§. XVII. Aſt præſcriptionis eſt diuerſa natura et ratio. Hæc enim non operatur de iure Dig. *dominium,* ſed *exceptionem* ſeu *excluſionem actionis intentatæ,* cum præſcriptio generali ſenſu denotet exceptiones quaſcunque ceu expoſui *in introd. ad ff. tit. de except. §. 2. ſeqq.* Hæc exceptio non niſi ei dabatur, qui agere poterat, ſeu cuius in poteſtate erat, quando ſuo iure vteretur *l. 5. §. 6. ff. de except. dol. et quod met. cauſ.* atque hinc eſt, quod pleræque actiones, quibus exceptio præſcriptionis opponi poteſt, ſint reſpectu initii *vtiles,* h. e. præſcriptio non inci-

Præſcriptio de iure ff. non currebat impedito.

Digitized by Google

cipiat currere niſi iis, qui experiundi poteſtatem habuere. Ob hanc cauſſam ICtus in *l. 1. D. de diuerſ. et tempor. præſcr.* recenſet caſus, quibus experiundi poteſtas haud adeſt, vt oſtendat, legitime impedito non ita currere præſcriptionem, ſicuti vſucapio currit, quo etiam refert, ſi *copia prætoris* haberi non potuit. Et hoc quoque liquidiſſime apparet ex *l. 25. D. de ſtipul. ſeruor.* vbi dicitur, quod demum dies ſtipulationis cedat, ex quo agi potuit, ſeu impedimento ceſſante, et ſic interim haud currit præſcriptio. Neque contrarium euinci poteſt ex *l. ſi ſeruus 4. D. de diuerſ. et temp. præſcr.* Contextus enim docet, hic ſatiſdationem eſſe acceptam in certum tempus, v. c. fideiuſſit Titius ad duos menſes, intra quos ſecuritatem promiſit, Meuius, in cuius fauorem fideiuſſores accepti, interim agere non potuit, quæſtio fuit, an non ſtatim horum duorum menſium ſeu ſatiſdationis dies cedat? quod affirmat ICtus, addita ratione: *alioquin erit iniquiſſimum, ex conditione actorum obligationes reorum extendi,* (qui ſe tantum obſtrinxerant ad certum tempus) *per quos nihil factum erit, quo minus* (intra tempus præſtitutum) *cum his agi poſſit.* Neque enim caſus fortuitus alteri imputari poteſt, aut fideiuſſorum obligatio augeri, cum tamen certum tempus in obligatione comprehenſum erat. conf. CVIAC. *lib. 16. Obſ. 38.* ANTON. FABER. *4. coniect. 16.*

Quid iure Cod. hic mutatum.

§. XVIII. Quamuis autem præſcriptio longiſſimi temporis cum vſucapione iure C. confuſa fuerit *l. vn. C. de vſuc. transform.* interim tamen retinuit vſucapio ſtricte dicta ſuos effectus contra impeditos, ceu patet ex *t. t. C. quib. non obiicit. long. temp. præſcr.* niſi quod minoribus hic aliquid indultum *l. 5. C. in quib. cauſ. in integrum reſt. nec. non eſt,* et dotis cauſſæ ſpecia-

cialiter aliquid datum, quæ alias fauorabilis *l. 30. C. de iur. dot.* Præſcriptio vero temporis longiſſimi in quibus caſibus obtinere cœpit, hoc retinuit ex primæua ſua indole, vt non antea currere inciperet, niſi experiundi facultas eſſet. Sic filius vindicare poteſt bona aduentitia, a patre alienata, intra 30. annos *l. 4. in f. C. de bon. quæ lib. N. 22. c. 24.* non incipit tamen currere præſcriptio hæc, niſi poſtquam ſui iuris factus eſt filius *cit. l. 4. l. 1. C. cum ſubiect. auth. de bon. matern. l. 1. §. 2. C. de annal. except.* Idem apparet ex aliis præſcriptionibus, quæ ſtipulationibus vel contractibus opponuntur *l. 7. §. 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. l. 30. C. de iur. dot.* Quo poſito nihil noui videtur conſtitutum in *c. 10. X. de Præſcript.* quia tempore hoſtilitatis, ſiue iuſtitium adſit, ſiue non, non ſemper adeſt experiundi copia iuxta *l. 1. D. de diuerſ. et temp. præſcr.* adeoque contra eccleſiam præſcriptio 40. annorum currere non poteſt. Facile quoque exinde declarari poteſt textus *in R. I. de anno 1654. §. 172.* vbi aſſeritur, quod tempore tricennalis belli curſus præſcriptionis 30. annorum ſiſti debeat, und hierwieder keine Præſcription oder Verjährung wegen der bey währenden Krieg unterlaſſenen Forderung der Zinſen oder Capital angezogen werden, oder gelten. conf. Carpz. *p. 2. Deciſ. 116.* neque hoc reſtringendum ſaltim ad tempus iuſtitii, vti quidam volunt, ſed in genere ſufficit tempus illius belli tricennalis TEXTOR *ad R. I. cit. diſp. 14. th. 44.* MEV. *4. Dec. 311. n. 3.* atque adeo ab anno 1618. vſque ad annum 1648. præſcriptio dormire debuit. Idem nunc porro applicari poteſt ad tempus peſtis diriſſimæ CARPZOV. *cit. l.* STRYK. *de act. forenſ. inueſt. S. 3. m. 1. ax. 2. n. 27.*

§. XIX.

Leges, iudicialiter aliquid peragendum eſſe ſtatuentes tempore iuſtitii ceſſant.

§. XIX. Ceterum an leges poſitiuæ plane frigeant et vim ſuam amittant in ſtatu ciuili, durante iuſtitio, nunc vlterius diſquirendum eſt? quod decidendum erit, ſecundum diſtinctionem allatam *cap. 2. §. 3.* ita, vt ſi *ſupremus imperans*, tanquam fons omnis iuriſdictionis, deficiat, ceſſet etiam vigor legum et *ſtatus naturalis* redeat, cuius hæc natura et ratio eſt, quod deficiant leges poſitiuæ. Sin vero adſit, qui imperii habenas moderatur, et *iudicia inferiora* tantum clauſa ſint, licet non plena introducta ſit anarchia, laxiorem tamen tunc leges præſcriptæ merito habent poteſtatem et interpretationem. Sed hoc potiſſimum intelligendum de Legibus, ad *negotia iudicialia* pertinentibus, in his enim ex neceſſitate Leges ceſſant et ipſa negotia valere vtique debent, quoniam priuatis nihil imputari poteſt, quod legibus morem non geſſerint, quippe qui non potuerunt, etſi vel maxime voluiſſent, v. c. ſi ſtatutum eſſet, quod pignus non aliter ſecuritatem tribuere nec dominium reſignari et transferri deberet, niſi vtrumque iudiciali confirmatione roboratum eſſet. Idem iudicium eſto de adoptione, quæ non legitime facta cenſetur, niſi accedat auctoritas magiſtratus, donatione abſque inſinuatione facta aliisque actibus voluntariæ Iuriſdictionis.

Exemplis hoc declaratur.

§. XX. His itaque ſuppoſitis merito ſubſiſtere debent, quæ alias abſque iudiciali confirmatione ſubſiſtere non poſſent. Huc pertinet, ſi tranſigendum de alimentis, teſtamento relictis, vbi alias Prætoris auctoritas neceſſaria eſt; *l. 8. D. de tranſact.* it. de delictis publicis pœnam ſanguinis non inferentibus. *l. 18. C. de tranſact.* Si alienanda pupilli bona immobilia, *t. t. D. de reb. min. ſine decr. non al.* ſi tutori ſoluendum. *§. Vlt. I. quib. al. licet. vel non.* Si vltra quingentos ſolidos donatio facien-

cienda: *§. 2. I. de donat.* et quæ alias ex ſtatuto iudicialiter et cum decreto fieri debebant. Quin immo tunc non ſolum auctoritas iudicialis remiſſa, ſed etiam vis propria ad ſecuritatem ſuam cuiuis permiſſa cenſetur. Quid enim ſi debitor creditori ſua bona obligauit ſub clauſula pacti de ingrediendo, **mit oder ohne Recht ſich daraus bezahlt zu machen?** hoc caſu ſane ſi poſtea reſiſtat debitor, vel violenta manu ipſum de ſua poſſeſſione deiicere poteſt, cum alias iudiciis vigentibus hoc pactum contra reſiſtentem nihil operetur. Quid ſi ſententia lata in rem iudicatam tranſierit, et paullo poſt, iuſtitio interueniente, miſſio in poſſeſſionem rei iudicatæ exſequendæ cauſſa a iudice fieri non poſſit? debitor ſibi ipſi quouis modo proſpicere poteſt. De ſimilibus ſimile eſto iudicium.

An etiam leges ceſſant in extraiudicialibus negotiis?

§. XXI. Nunc videndum, an etiam Leges *in extraiudicialibus negotiis* attendantur. Quid ſi teſtamentum fiat tempore iuſtitii an illud pro valido reputandum ſit, remiſſo iuſtitio, ſi deſint ſolemnia? Tempore peſtis res ſatis nota eſt, quod teſtamenti factio ibi non præciſe debeat eſſe actus continuus, ſiue adſit iuſtitium nec ne. STRYK. *Caut. teſtament. cap. 11.* Verum cum hic ratio peculiaris adſit maximorum periculorum, quibus homines expoſiti conuenire non ſolent, aliud dicendum videtur de teſtamento extra peſtis tempus durante iuſtitio propter diuerſam rationem. Si vero reſpublica publicis tumultibus et factionibus turbata et ſummo moderatore deſtituta ſit, vt plena anarchia vigeat, teſtamentum etiam quocunque modo conditum ſubſiſtere dicendum eſt. Tempore belli autem, vbi inferiora tantum iudicia ceſſant, maior ratio dubitandi, quia leges adhuc obſeruari poſſunt in iis, quæ non requirunt copiam iudicis. Regulariter enim tempore iuſtitii tantum illæ LL. ceſ-

ſant,

ſant, quæ iudicis copiam requirunt, et licet vel maxime deficiat, qui etiam ceteras exſequatur, tamen poteſt hic defectus mox ceſſare atque ex poſtfacto ſecundum leges iudicari, niſi forſan ſubditi omni momento in periculo bellico conſtituti ſint *L. fin. D. de teſtam. militar. l. vn. D. de B. P. ex teſtam. mil.*

§. XXII. Diſcuſſa cauſſa ciuili, de *criminali* adhuc videbimus, vbi potiſſimum quæritur, *an delicta, quæ ſunt patrata tempore iuſtitii, poſſint puniri remiſſo iuſtitio?* dubitandi ratio eſt, quod deficiente iudice, qui inquirere poſſit in crimina, deficiat etiam vigor legum et exſecutio: ſed propterea, omnia facta debere eſſe impunita, et quoduis delictum licitum, non firma infertur ratione, cum et delicta in *ſtatu naturali* iniuſta ſint, quem tamen imitatur *ſtatus iuſtitii.* Quid quod in tali ſtatu deprædationes, latrocinia et varia ſcelera ſoleant eſſe frequentia, quæ adhuc magis frequentarentur, ſi illa impunita eſſent: Denique cum ſupra iam ſuppoſuimus, defectum iudiciorum inferiorum non plenum inducere ſtatum naturalem, ſed ciues adhuc vinculo quodam quoad obſequium imperanti debitum cohærere, ſine dubio quoque inde concludendum, tempore iuſtitii tantum ſuſpendi inquiſitionem, neutiquam vero in totum deficere. *An delicta tempore iuſtitii perpetrata ſint impunita.*

§. XXIII. Ex ſuppoſitis §. *19. et 20.* porro ſequitur, quod ſi vxor adulterium committat, poſſit maritus cum ea diuortium facere *propria auctoritate,* quia deficit Conſiſtorium. Grauiter quidem obſtare videtur, quod ita maritus leuiſſima ex cauſſa vinculum illud, quod indiſſolubile Deus voluit, dirimere poſſit. Verum enim vero aut tum maritus legitimam a matrimonio recedendi cauſſam habuit, et res bene ſe habet, aut alterutra per- *An tempore iuſtitii poſſit maritus propria auctoritate diuortium facere.*

ſona probare ex poſt facto remiſſo iuſtitio poteſt, ſibi iniuriam eſſe factam, et tum deſuper cauſſæ cognitione inſtituta partes ad matrimonium redire tenentur. Sed hæc ſufficiant de concluſionibus ſpecialibus, quas omnes referre non neceſſarium videtur, cum fontes harum, ex quibus diiudicandæ ſunt, ſatis ſunt excuſſi.

An in iuſtitio particulari ſalarium debeatur iudici et aduocatis?

§. XXIV. Redeundum nunc eſt ad caſum alterum *IVSTITII PARTICVLARIS,* vbi certum tantum iudicium clauſum eſt, alia autem in tali loco vigent, vbi (1) quæritur *an iudices ſalarium ſuum tempore iuſtitii petere poſſint?* quod merito affirmandum. Præſertim quoad illum annum, in quo iudicium clauſum, quia etiam heredibus integra ſalaria debentur, ſi intra annum iudices mortui fuerint, id quod etiam de aduocatis, publico ſalario gaudentibus, dicendum *l. poſt duos 15. §. 1. C. de aduoc. diu. iudicior.* Quoad reliquos annos, intra quos ſtat iuſtitium, idem dicendum eſſe arbitror, præſertim cum per iudices haud ſtet, quod ſuppono, quo minus officium ſuum faciant, vti in caſu non abſimili argumentatur ICtus in *l. 19. §. pen. et vlt. D. loc.* Quodſi forſan per iudicis ipſius factum et culpam iuſtitium ortum ſit, tunc ceſſat ratio et ſic quoque deciſio, in ceteris vero, vt aduocatis, quibus annua ſalaria promiſſa, prior deciſio obtinebit *l. 38. §. 1. D. locat.*

An per ſaltum in hoc ſtatu appellatio fieri poſſit?

§. XXV. Poteſt quoque in *deuolutione appellationis* hic quædam contingere diuerſitas, præſertim ſi iudicium intermedium ſit clauſum. Alias quidem iuris eſt, quod appellatio non per ſaltum, ſed gradatim fieri debeat h. e. ad iudicem immediate ſuperiorem nullo iudice intermedio omiſſo *c. dilecti 66. X. de appell. l. 21. pr. et §. 1. D. de appell.* GAIL. *1. O. 119. n. 2.* CARPZ. *in proceſſ. tit. 8. art. 1. n. 38.* Sed ſicuti cum iudex intermedius dene-

denegat iuſtitiam, ſtatim appellans confugere poteſt ad ſuperiorem, CARPZ. *cit. l. n. 43.* GAIL. *cit. l.* quia ſic ceſſare videtur iudicium; ita multo magis hoc dicendum, ſi iuſtitium quoad intermedium iudicem adſit, cum ita ordo a lege præſcriptus obſeruari non poſſit. Idem quoque iudicium formandum de prima *inſtantia*; quæ ob iuſtitium indictum ceſſare debet.

§. XXVI. Quodſi iuſtitium in *ſupremo iudicio*, ad quod appellandum erat, ſit ſumtum vel indictum, tunc quidem hoc certum eſt, *fatale interponendæ appellationis* currere, cum enim in inferiori iudicio vel coram Notario et teſtibus appellatio interponi poſſit, ad effectum, vt ſententia a viribus rei iudicatæ ſuſpendatur, ſed quoad *fatale introducendæ appellationis* aliud dicendum, quod interim ex ſupra adductis principiis currere non poteſt ei, qui non potuit eandem introducere, niſi forſan ab imperante interim loco ſupremi iudicii, quod clauſum, aliud iudicium delegatum ſit, ſic enim in hoc idem obtinebit, quod in iudicio ſupremo non clauſo. ***Quid dicendum, ſi in ſupremo iudicio iuſtitium introductum?***

§. XXVII. Quodſi hæc iam ad præſens Cameræ iuſtitium applicemus quæſtio potiſſimum in eo verſatur, *vtrum Dominus territorii, eo durante, poſſit cauſſas ſuorum ſubditorum ad id deuolutas, vel ibi introducendas, ad forum ſuum trahere, vel, vt per delegatum aliquod iudicium decidantur, interim diſponere?* Equidem alias certum eſt, iudicium Camerale totum repræſentare imperium *R. I. de anno 1654. §. 165.* et ſic non dependere ex diſpoſitione vnius vel alterius ex ſtatibus imperii, vid. LONDORP. *tom. 1. lib. 1. c. 7. n. 3. §. aus welcher.* et conſequenter nec Imperatorem nec alium quemlibet cauſſas ibi vel iam introductas *auocare*, vel introducendas impedire poſſe. Verum hæc omnia tunc ſatis certa ſunt, ſi vigor huius adſit, vt iuſtitia poſ- *An durante iuſtitio Camerali dominus territorii cauſſas ſubditorum ad illud deuolutas ad forum ſuum delegatum trahere poſſit?*

 ſit

ſit adminiſtrari; aſt vbi *iuſtitium* ſumtum vel indictum eſt, hæc limitanda eſſe videntur. Potiſſimum enim cura Domini territorii in hoc conſiſtit, immo et territorii ſui peculiaris inde dependet vtilitas, vt ſuum cuique quam citiſſime tribuatur, et lites inter ſubditos pendentes maturum et tempeſtiuum conſequantur exitum. Neque enim ſubditis illud in damnum vergere debet, quod publice factum, et aliorum culpa contractum eſt, neque dominus territorii contra publicas facit leges, qui iuſtitiæ adminiſtrationem quoad proprios ſubditos promouere allaborat, præſertim cum leges publicæ, quæ auocationem cauſſarum prohibent, ſupponant caſum iudicii vigentis, quæque adeo applicari nequeunt, ſi iuſtitium adſit, neque facile finis eiuſdem poſſit ſperari.

EXERCITATIO XXVI.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XIII.

DE

LIBELLIS ALTERNATIVIS.

CAP. I.

EXAMEN DOCTRINAE VVLGARIS, DE INEPTITVDINE LIBELLI ALTERNATIVI.

ARGVMENTVM.

§. I. *Nimis ſubtilis perſcrutatio libelli nociua. Inſtituti ratio.* II. *Forma edendarum actionum apud Romanos, præſertim per libellos.* III. *Differentia inter libellum actionis et inter libellum principi vel magiſtratui exhibitum.* IV. *Diſputationes Romanorum de apta agendi et libelli formula.* V. *Alternatiua libelli formula quan-*

quando Romanis probata? VI. quando improbata? VII. Liberior libellorum ratio, formulis agendi abrogatis. VIII. In adaequata communis regula, de libellis alternatiuis non admittendis. IX. Verior de alternatiuis libellis ſententia. X. Rationes communis ſententiæ confutantur. XI. Differentia obligationis alternatiuæ et ſubſidiariæ. XII. Obligatio legum non eſt alternatiua, ad parendum vel ad pœnam; XIII. nec obligatio faciendi ad factum vel ad id, quod intereſt; XIV. nec obligatio ex emto ad mercem tradendam vel ad id, quod intereſt. XV. Id quod eſt in facultate præſtandi, non pertinet ad alternatiuam obligationem. XVI. Alternatiua remediorum cumulatio non pertinet ad obligationem alternatiuam. XVII. Notatur Baldus et Gomeſius in diſcrimine alternatiui et diſiunctiui libelli. XVIII. Ex circumſtantiis negotii accidentalibus, alternatiue determinatis, obligatio non redditur alternatiua. XIX. Pro indole obligationis rei alternatiuæ vel non alternatiuæ conficiendus eſt libellus. XX. Iudex magis indolem obligationis quam formulam libelli ſequi tenetur.

§. I.

Nimiæ ſubtilitates circa libellum euitandæ.

Quemadmodum tumultuarius proceſſus curſum iuſtitiæ peruertit, ſtatum controuerſiæ inuertit, et litigantes a vero tramite auertit; ita nimia circa ordinem iudiciarium ſubtilitas, et *ſub prætextu iuris*, excogitata ἀκρίβεια lites ex lite gignit, et vltra vitam hominis protrahit, quas tamen abbreuiari, reipublicæ intereſt. Nolo hic catalogum huiuſmodi ſubtilium obſeruationum enumerare, id quod ratio inſtituti non patitur, ſed prouoco tantum ad *defectus* in foro frequentiſſimos, qui *libellis* obiiciuntur, vnde ſæpe accidit, vt, cauſſa iam pleniſſime inſtructa, pronuncietur: daß die Klage, immaſſen ſie angebracht, nicht ſtatt findet, cum

tamen commoda interpretatione plerique defectus tolli, et ſecundum normam iuris petita libellorum accipi et intelligi queant. Aiunt quidem, *ineptum libellum ex officio a iudice reiiciendum, et dentibus dilacerandum eſſe*; ſed hoc vel re adhuc integra, antequam partes in ipſa cauſſa eiusque meritis nimium proceſſerint, vel tunc ſaltim fieri debebat, ſi nulla commoda interpretatione ſaluari, nec ad regulas Iuris aptari vllo modo poſſit. Nota eſt communis doctrina: *Libellum alternatiuum eſſe incertum, adeoque reiiciendum*, et tamen, vt plurimum, vel regulis bonæ interpretationis iuuari, vel etiam iure permittente alternatiua petitio fieri poteſt, et inde eſt, quod Doctores fere plures exceptiones hic conglomerent, quam exempla ſub regula adduci queant. Quoniam itaque rei iudiciariæ multum intereſt, vt, quid veritatis huic doctrinæ inſit, euoluatur, non inutilem me ſuſcepturum laborem credidi, ſi dogmata vulgata *de alternatiuis libellis* excuterem, et quatenus admitti illa poſſint, enuclearem; quod ea, qua poteſt fieri, dexteritate et perſpicuitate expediam.

Nec ſtatim reiiciendus libellus alternatiuus.

§. II. Varius olim fuit modus *edendi actionem*, in iudicio inſtituendam, vti ex *l. 1. D. de edendo* conſtat: neque enim vbique libello, vti quidem hodie, opus fuit. Vel enim actor in libello ſeu ſcriptura complecti ſuam intentionem, et alteri eundem dare vel dictare, vel deſcribendi copiam facere, vel etiam aduerſarium ſuum ad album producere et demonſtrare poterat, quod dictaturus eſt, vel id dicere, quo vti velit. Erant enim formulæ, ad quas priuatæ lites accommodandæ, compoſitæ et in albo publice propoſitæ, ex quibus de genere actionis mox aduerſario conſtabat, cum ad album formularum deducerentur. Collineat huc CICERO *Orat. pro Q. Roſcio*, aiens:

Forma edendi actiones apud Romanos varia;

in primis per formulas

Digitized by Google

aiens: *Sunt iura, ſunt formulæ de omnibus rebus conſtitutæ, ne quis aut in genere iniuriæ, aut ratione actionis errare poſſit. Expreſſæ ſunt enim ex vniuſcuiuſque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publice a Prætore formulæ, ad quas priuata lis accommodatur.* Vnde, qui producendo aduerſarium *ad album* demonſtrabat, qua formula ſit vſurus, ille EDERE actionem dicebatur. Quemadmodum vero hæ formulæ ideo inuentæ ſunt, teſte POMPONIO *in L. 2. §. 6. D. de O. J. vt his inter ſe homines diſceptarent, nec actiones, prout vellent, inſtituerent*, ita admodum probabile eſt, actores, qui in libello complexi ſunt ſuam intentionem, non quibuſcunque ſed ſolemnibus verbis et præſcriptis vti debuiſſe, quia, ex CICERONIS ſententia cauſſa cadebat is, qui non, *quemadmodum oportebat*, egerat, h. e. formula liti accommodata non vſus fuerat. Inde veterum anxiæ ſubtilitates, an hæc vel illa actio, ſeu formula, in caſu controuerſo locum ſibi vindicaret, vel non? Inde *vtiles actiones* excogitatæ, *l. 47. D. de Negot. geſt.* prout compilatio iuris noſtri paſſim docet. vid. IAN. VINCENT. GRAVINA *de ortu et progreſſ. Iur. Ciuil. p. m. 79.* et quid eſt, quod CICERO *Lib. I. de Orator.* iure conſultos vocet, *præcones actionum, cantores formularum, aucupes Syllabarum*, niſi vt oſtenderet, adeo formulis præſcriptis actores vti debuiſſe, vt ſi vel in ſyllaba errarent, cauſſa caderent, quam praxin *Orat. pro Muræna. fraudis et ſtultitiæ pleniſſimam* fatetur, additque: *cum permulta pulcre legibus eſſent conſtituta, ea ICtorum ingeniis pleraque corrupta ac deprauata ſunt*, id quod rurſus ad ſubtilitates in proponendis et perſequendis actionibus applicat.

in libellis adbibendas.

§. III. Ceterum *libellus* vel *aduerſario* dabatur, eiusque deſcribendi copia ei præbebatur, vel *Principi Præſidibusque* offe-

Differentia libelli actionis et libelli Prin-

Digitized by Google

cipi vel magiſtratui oblati. offerebatur, quo deſideria, poſtulata et preces offerentis continebantur: dicebatur enim libellus, quia in pagellas et parui libri formam complicabatur, SAMVEL PITISCVS *in Lexico Rom. Antiquit. voc. libellus p. 76. Prius* pertinebat ad editionem actionis, ſolemnibusque verbis conſtare debebat: *poſterius* ſolemnitatem iuris haud deſiderabat, quod vel libellus in *L. 9. D. Ad L. Rhod. de iactu* docet, locumque habebat, quando, aduerſario nullo in ius vocato, a Principe, vel aliis magiſtratibus, poſtulabatur, vt vel ſubnotatione, vel ſubſcriptione, vel reſcripto, aliquid decernerent, *l. 29. D. ad L. Cornel. de falſ.* Ait PAVLVS in *L. 15. D. de in ius vocat.*: *Neque enim, qui libellum vel Principi vel Præſidi dat, in ius vocare Patronum videtur.* Proinde quoties cauſſæ cognitio poſtulabatur, quoties altera pars audienda et ſic decretum interponendum erat, id *per libellum expediri* non poterat. Rurſus VLPIANVS in *l. 9. §. 1. D. de officio proconſ.* id confirmat, et ait: *Vbi decretum neceſſarium eſt, per libellum id expedire Proconſul non poterit: omnia enim, quæcunque cauſſæ cognitionem deſiderant, per libellum non poſſunt expediri* conf. *l. 71. l. 105. D. de R. I. l. 6. C. de prædiis et al. reb. minor.* GERHARD NOODT *de iuriſdict. et Imperio cap. 10.* Sic e. g. cum excuſatio tutorum cauſſæ cognitionem deſideraret, tutor ſe per libellos excuſare non poterat *L. 25. D. de excuſat.* ſed cauſſa hæc ad *diem cognitionum* differebatur, licet libellos dare poſſet ad interrumpendam præſcriptionem *L. 13. §. 10. eod.* Plenius de hac re agunt IAC. GVTHERIVS *de offic. dom. auguſt. Lib. III. c. 5.* GVILIELM. BVDAEVS *ad L. 9. §. 1. de offic. Proconſ.* IAC. RAEVARDVS *in protribunal. c. 8.* SAM. PITISCVS *cit. loc.* BARNAB. BRISSON. *de ſolemn. pop. Rom. verb. Lib. III. p. 292.* GRAVINA *in origin. iur. ciuil. p. 146.* Hoc caſu itaque libel-

Digitized by Google

libellus continebat *preces et deſideria ſcriptis explicata eorum, qui Principes vel Magiſtratus maiores implorabant*, ad quos libellos reſcripta dabantur. Neque itaque olim ab eo, qui contra aliquem agebat, præciſe libellus deſiderabatur, ſed hoc arbitrarium illi erat, quamuis, ſi intentionem ſuam in libello exponebat, hunc *non Prætori*, ſed *aduerſario* edebat. Breuibus, *editio actionis* neceſſaria erat, *quæ futuræ litis ſpeciem demonſtraret*, vt dicitur in *l.3. C. de edend.* vel ſpeciem actionis oſtenderet, vt aiunt Imperatores in *L. vn. C. de lit. conteſt.*

Hinc diſputatum eſt circa libelli aptitudinem.

§. IV. Sicuti vero ad has formulas *priuatæ lites* accommodabantur, ita ex eodem fonte *de aptitudine libellorum* quandoque diſputari ſolebat. Teſtis iterum eſt CICERO *in Partit. c. 28. et, atque etiam*, inquit, *ante iudicium* (h. e. ante litem conteſtatam, per quam ordinabatur iudicium) *de conſtituendo ipſo iudicio* (ſeu ſpecie futuræ litis et contentionis) *ſolet eſſe contentio, cum aut, ſitne actio illi, qui agit, aut, iamne ſit? aut num iam eſſe deſierit? aut,* ILLANE LEGE? HISCE VERBIS *ſit actio? queritur.* Sæpe ergo ante litis conteſtationem diſceptabatur, *ſitne* HIS VERBIS *actio?* quod de formula præſcripta intelligendum, quæ ad vnguem tenenda erat. Pergit CICERO: *Quæ etiamſi, antequam res in iudicium venit, aut concertata, aut diiudicata, aut confecta non ſunt, tamen in ipſis iudiciis permagnum ſæpe habent pondus, cum ita dicitur* (hoc eſt, cum reus excipit) *plus petiiſti; ſero petiiſti; non a me; non hac lege,* NON HIS VERBIS, *non hoc iudicio.* Re vera itaque olim exceptio: *Non his verbis agendum eſt in hac cauſſa*, videbatur illam exprimere exceptionem, quæ hodie dicitur *inepti libelli*; quamuis enim noſtræ lites non præciſe ad certas formulas et carmina ſint componendæ, adeoque, poſtquam deſiit formularum con-

 ceptio,

ceptio, ſubtilitates eiuſmodi miſeræ deberent eſſe ſuperuacuæ; *l.* 47. *in fin. D. de negot. geſt.* ſæpiſſime tamen de ipſis formulis æque ſubtiliter hodie diſceptatur atque concertatur, ac quidem olim, cuius rei plura ſuppeditabit exempla noſtra diſſertatio.

Non tamen formulæ alternatiuæ a Romanis reprobatæ.

§. V. Quæ cum ita ſint, paucis quoad præſens thema inquirendum erit, an *formulæ alternatiuæ* iure antiquo prorſus fuerint reprobatæ, ita vt iis haud agi licuerit, ſed agentibus obiicienda fuerit exceptio: *Non his verbis agendum eſſe?* Id enim ſi planum erit, ſententia communis de *ineptitudine libelli alternatiui* tutius retineri, faciliusue euolui et explicari poterit. Duo præmitto: 1) formulas ex verbis legum fuiſſe compoſitas *l.* 2. §. 6. *D. de O. I.* et 2) priuatas lites ad formulas fuiſſe accomodatas, quod ſupra ex CICERONE probatum dedimus. Inde infero: Si legis diſpoſitio alternatiua erat, formulam quoque ex lege alternatiue concipiendam fuiſſe L. 39. *pr. D. de noxal. act. L.* 6. §. 1. *D. de re iudic. L.* 27. §. 2. *ad Leg. Aquil. L.* 7. *in. f. de damn. infect. L.* 1. *pr. de vi et vi arm. L.* 1. §. 1. *de inſpic. ventr. L.* 7. *pr. de religioſ. L.* 20. §. 9. *de N. O. nunciat. L.* 2. §. 1. *de aqu. pluu. arc. L.* 2. §. 5. *eod. L.* 2. *de negot. geſt. L. f. C. Si vnus ex plur. hered. L.* 1. §. 2. *D. vt legat. ſeruand. L.* 2. *ut in poſſeſſ. legat. L.* 16. *de adminiſtr. et peric. tut.* Deinde, ſi obligatio, ex qua agi debebat, alternatiua erat, veluti, ſi Titius promiſerat, ædes aut mille ſe daturum eſſe, pariter formula alternatiua vtendum, v. gr. *aio Te mihi aut ædes, aut mille dare oportere*, adeo, vt ſi alterutrum tantum petitum fuiſſet, actor exceptione *plus petitionis* repelleretur. *Qua de cauſſa*, ait Imperator in §. 33. *I. de action. talis in ea re prodita eſt actio* (h. e. agendi formula) *ut quis intendat, hominem Stichum aut aureos decem ſibi dari oportere.* Deinque etiam for-

Digitized by Google

formula alternatiua admitti poterat in editione actionis, quotiens incertum erat, quæ potius actio teneret? *Nam*, dicit *VLPIANVS* in *l.* 1. §. 4. *D. quod legator. Duas dictamus* (hoc eſt: edimus, alternatiue tamen) *proteſtati ex altera nos velle conſequi, quod nos contingit.* Adeo enim accurate formula idonea eligenda erat, vt iacturæ cauſſæ periculum immineret, ſi in ea erratum eſſet, teſte *QVINTILIANO Declam.* 350. *Non ignoro*, dicente, *frequentem eſſe huiuſmodi, in iudiciis minoribus duntaxat, contentionem, ut petitor excidiſſe formula, et aliter, quam potuerit, agere dicatur.*

§. VI. Ceterum, ſi nec natura negotii nec diſpoſitio legis *formulam alternatiuam* admitteret, merito reiicienda erit, maxime, ſi in ipſius *facti narrationem* incertitudinem induceret; neque enim, qui narrat, illud, aut hoc accidiſſe, certi quid profert, ſed potius aut ignoranter, aut dubie loquitur. Proinde Prætor edixit in actione iniuriarum: qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriæ factum ſit *l.* 7. *pr. D. de iniur.* Explicat verba Edicti *LABEONI* conſentiens *VLPIANVS d. l.* 7. § 4. *Quod autem Prætor ait: quid iniuriæ factum ſit, certum dicat, quemadmodum accipiendum ſit?* reſpondent Iure Conſulti: *certum eum dicere, qui dicat nomen iniuriæ, neque ſub alternatione, puta illud, aut illud, ſed illam iniuriam ſe paſſum.* Plenius eandem rem expoſuit *PAVLVS* libro ſingulari, ſub tit. *quemadmodum iniur. agatur*, vnde fragmentorum Pithœanorum collector, et ex eo *BARNABAS BRISSON. de ſolemn. pop. Rom. verb. L. V. p.* 378. hæc excerpſit: *qui iniuriæ aget, certum dicat, quid iniuriæ factum ſit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit. Certum dicit, qui ſuo nomine demonſtrat iniuriam, neque ita, vt per diſiunctionem, hoc aut illud accidiſſe, comprehendat, ſed vt neceſſe habeat, aut vnam nomine*

Quandoque tamen alternatio vitiabat libellum.

Præſertim circa factum emergens.

Digitized by Google

ſuo rem deſtinare, aut plures ita complecti, vt omnes eas accidiſſe cogatur probare. Certum autem an incertum dicat, cognitio ipſius Prætoris eſt. Demonſtrat autem hoc loco Prætor non vocem agentis, ſed qualem formulam edat. Certum non dicit, qui dicit ſe pulſatum, ſi ſit verberatus: ſed et partem corporis demonſtrat, et quem in modum, pugno puta, an fuſte, an lapide: ſicut formula poſita eſt: quod Auli Agerii pugno mala percuſſa eſt. Illud non cogitur dicere, dextra an ſiniſtra, nec qua manu percuſſit. Ita ſi dicat, infamatum ſe eſſe, debet adiicere, quemadmodum infamatus ſit. Sic enim et formula concepta eſt: quod Numerius Nigidius illam immiſit Aulo Agerio infamandi cauſſa.

Iure Nouiori formularum ſolemnium vſus antiquatus quidem;

§. VII. Atque hæc quidem obtinebant de iure antiquo, quo *conceptio formularum* vſitata, neceſſariumque erat, certa ac ſolemnia verba, non vulgaria, in edenda actione adhibere. Sed *formulis iſtis, aucupatione Syllabarum inſidiantibus, cunctorum actibus radicitus amputatis*, vti ait *l. 1. C. de formul. et impetr. ſublatis*, ſiue id per CONSTANTINVM, ſiue per CONSTANTIVM, ſiue, quod non ſine ratione tuetur IACOB. GOTHOFRED. *ad l. vn. C. Theodoſ. de omiſſa act. impetr.* per THEODOSIVM iuniorem factum ſit, vid. THOMASIVS *in Næuis Iuriſpr. ante Iuſtin. Lib. 2. c. 2. p. 65.* liberior ſolutiorque facta eſt praxis, vt, quod ratio iuris ſuggerit, petere, et deſideria ſua in libello quibuſuis verbis complecti poſſint actores, add. *auth. offeratur C. de Lit. Conteſt.* Neque itaque amplius circa formulas digladiandum, aut actor cogendus eſt, vt in verba alterius, forſan elegantius, accuratius, aut ſubtilius, compoſita, iuret, modo nihil a iuris ratione alienum petierit, vt adeo nec petitum in libello alternatiue formatum, ſtatim et ſimpliciter reiiciendum videatur, licet cum formulis antiquis non adeo conueniat.

§. VIII.

§. VIII. Verum, quod mireris, hodie in Germania, quæ æquitatem nullo non tempore magis, quam ſcrupuloſas iuris Quiritium tricas ſectata, pragmatici ſubtiliores eſſe videntur ipſis conditoribus formularum antiquis, quod vel ex digladiationibus, quæ circa *formulas libellorum alternatiuorum* mouentur, apparet. Romani, vti ſupra euictum, formulas alternatiuas nec damnabant, nec in disiunctione vitioſi ac inepti quid latitare arbitrati ſunt vnquam. At noſtri *regulariter* aiunt, *libellum alternatiuum vt ineptum eſſe reiiciendum*, et, ne ſine ratione loqui quid videantur, addunt, alternationem inducere *incertitudinem* et *obſcuritatem*, hæc autem duo maxime vitiare libellum. Ita docent cenſentque CARPZOV. *P.* 1. *C.* 2. *def.* 7. *et de Proceſſ. tit.* 6. *art.* 1. *n.* 4. VMMIVS *de Proceſſ. diſp.* 6. *n.* 71. NICOLAI *Proc. Iudic. c.* 9. *n.* 22. BERLICH. *P.* 1. *concl.* 12. *n.* 13. *ſqq.* MARTINI *ad Proc. Sax. tit.* 5. *n.* 87. BLAS. ALTIMARVS *de Nullit. ſentent. qu.* 311. *n.* 147. GAIL. 1. *Obſ.* 62. *n.* 1. GRAEVEN *ad Gail. cit. loc.* DOERING *in Bibliotheca Iure Conſ. voc. alternatiua n.* 207. et infinitum foret, omnes huius ſententiæ aſſertores recenſere; adeo enim communi quaſi conſenſu recepta eſt, vt hactenus de ea nemo dubitare auſus fuerit. Proinde, ſi quis alternatiue petit, mox parata eſt exceptio inepti libelli, de qua ſola per plures inſtantias ſæpe contenditur. Sic e. g. actionem hypothecariam contra tertium poſſeſſorem motam et alternatiue conceptam, reiiciunt tanquam ineptam, immo pronunciant: Daß die Klage, immaſſen ſie angebracht, nicht ſtatt finde, vel: Würde Kläger ſeine Klage förmlicher vorbringen, und dieſelbe auf ein gewiſſes petitum richten, immaſſen ihm zu thun oblieget, ſo wäre Beklagter ſich darauf einzulaſſen ſchuldig.

Aſt Germanica praxis circa eas ſcrupuloſior Romana exiſtit.

Regula communis de libellis alternatiuis non admittendis.

Noſtra ſententia de aptitudine libelli alternatiui.

§. IX. Verum enim vero, re accuratius perpenſa, cogor a communi iſta ſententia recedere, ſalua de cetero cuiuſque auctoritate et opinione, nec enim adſtringimur communibus inhærere ſententiis, ſi iuſtæ contra eas dubitandi rationes adſunt, præſertim ſi iſtæ in tantum non cohærere videantur, vt ex propriis ipſorum ita ſtatuentium aſſertis impugnari poſſint. Non nego abſolute, alternatiuum libellum poſſe eſſe quandoque ineptum; quin potius aſſero, eundem *quandoque* eſſe reiiciendum: Ceterum hoc nego, *regulariter* libellum alternatiuum eſſe ineptum et reiiciendum, nego alternationis ſeu disiunctionis naturæ incerti quid ineſſe aut vitioſi, nego ergo regulam iſtam communem ſolido niti fundamento. Vt itaque in compendio ſententiam meam proponam, aio, *alternationem per ſe non vitiare libellum, ſed quandoque, immo vt plurimum, libellum alternatiuum eſſe aut neceſſarium, aut tolerandum, quandoque vero eundem tanquam ineptum et incertum ex cauſſis ſpecialibus eſſe reiiciendum*, id quod in ſequentibus diſtinctius erit explicandum.

Rationes diſſentiendi a doctrina communi:
(1) Negata uniuerſalitas regulæ.

§. X. Vt in hanc ſententiam tranſeam, multa me movent. Nam (I) qui regulam de ineptitudine libelli alternatiui proponunt, tot limitationes et exceptiones ſubſternunt et exempla adeo confuſe cumulant, vt fere regula ſuas vires amittere videatur. DOERINGIVS enim *cit. loc. XXVI.* caſus refert, in quibus alternationem admitti cenſet. BERLICH. *cit. loc.* eorum XVII. numerat. HVNNIVS *Encyclop: P. 2. t. 9. c. 2. n. 19. ſeq. IX.* ſiſtit, BERNARDVS GRAEVEN. *loc. alleg.* tantum VII. refert. Rurſus alii aliter ſentiunt, vt, quid ex tot limitationibus retinendum ſit, dubitetur. (II) Fundamentum huius ſententiæ communiter petitur ex *l. 7. §. 4. D. de iniur.* quam ſupra §. VII. re-

(2) Fundamenti in L. 7. §. 4. D. de iniur. quæſiti inſufficientia.

recitauimus, quæ tamen regulam, ita indefinite poſitam, minime confirmat. Qui enim ineptitudinem libellis ex *alternatione* obiiciunt, primario reſpiciunt ad *concluſionem*, eamque alternatiue concipi non poſſe aiunt. Aſt vero in *cit. l.* illud tantum aſſeritur, *factum* ipſum in libello, cum ſuis circumſtantiis, ita eſſe enarrandum, vt iudex certam de eo ideam ſibi formare queat, id quod tamen fieri non poſſet, ſi in *facti* circumſtantiis actor ceſpitet et anceps hæreat, et hoc aut illud, aut aliud factum eſſe referat. Quid enim, ſi actor diceret, **Bekl. habe ihn geſchimpfet, und entweder vor einen Ehebrecher, oder aber vor einen Dieb oder ſonſten ausgeſcholten**, an judex ex hoc libello de ipſo facto certus eſſe poterit? Et ſi factum certum proponi iudici nequit, quomodo is ferre poterit ſententiam? Pone Gaium in libello aſſerere, Seius **wäre ihme** 2000. **Thl. ſchuldig, die er entweder ihm geſchencket, oder von ihm erborget, oder doch ſonſt noch reſtire**, euidens eſt, prorſus *incertum* quid enarrari, nec conſtare de *ſpecie futuræ litis*. Vnde diſtinguendum potius eſt inter alternationem, quæ *factum* in libello propoſitum concernit, et quæ *concluſionem* vel *petitum* libelli tangit. Priori caſu ſi alternatio dubitationem et incertitudinem actoris circa cauſſam in litem deductam inuoluit, merito reiiciendus libellus, vt *incertus* et ineptus, et hoc eſt, quod ex *d. l. 7.* tantum euincitur: ſi vero factum ita ſit comparatum, vt circumſtantiæ ipſæ alternationem quandam contineant, non aliter vtique factum enarrari poteſt, quam quatenus geſtum eſt, nec libellus ex hac alternatione vllo laborat vitio, veluti qui alicui obiecit animo iniuriandi, **er wäre ein Ehebrecher oder zum wenigſten ein Hurenwirth**, Titius **wäre aus einer Blutſchande gezeuget, oder doch ein Hurenkind.** Hæ et ſimiles alternationes facti circum-

cumſtantias, prout geſtæ ſunt, concernunt, adeoque non aliter referri potuere aut debuere. Poſteriori vero modo, cum concluſio ſeu petitum alternatiuum eſt, non ſemper inde oritur *incertitudo* talis, quæ libellum ineptum faciat, cum nihil impediat, quo minus ex *facto* quodam *certo* plura peti poſſint, quorum tamen alterutrum duntaxat ex electione rei præſtandum ſit, cui leges illam indulſere. (III) Nullibi in iure alternatiua *petitio* aut *concluſio*, tanquam *regula*, eſt reprobata, quin potius ſupra oſtenſum euictumque, etiam formulas plures *alternatiuas* olim in foro fuiſſe admiſſas, vtut verbis ad ſcrupuloſitatem et ſuperſtitionem vſque ſolemnibus agendum eſſet. Neque vero hæc exempla ad *exceptiones a regula* referenda eſſe, allegari poterit, cum de *regula* in contrarium, alternatiuam formulam damnante, hactenus nequaquam conſtet. Vnica et primaria olim hæc ICtorum obſeruatio erat, formulas actionum ex legibus formandas et priuatis litibus accommodandas eſſe: prout ergo diſpoſitio *legis*, prout *ratio litis* priuatæ comparata, ita quoque formula concipienda erat. Iam vero legislatoris arbitrio ſubiectum eſt, vel *alternatiue* vel *ſimpliciter* quid ſtatuere aut determinare; immo et eis, qui contrahunt, vel qui aliter diſponunt *inter viuos* vel *mortis cauſſa*, integrum eſt, an *alternatiue*, an *ſimpliciter* et *pure* diſponere, ſtipulari vel negotium determinare velint. Sicuti ergo nullo modo aſſeri poteſt, *alternatiuam diſpoſitionem* in legibus, contractibus, teſtamentis, codicillis, tranſactionibus aliiſque quibuſcunque negotiis eſſe prohibitam et ineptam, ita ſimiliter generaliter dici, aut pro regula aſſumi nequit, *petitionem et concluſionem libellorum alternatiuam regulariter eſſe ineptam*, cum eadem ex legibus, contractibus, teſtamentis aliiſque diſpoſitionibus et factis homi-

(3) *Defectus alterius fundamenti aptioris.*

mi-

Digitized by Google

minum efformanda ſit. Denique (IV) ſi dicendum, quod res eſt, hodie alternatiui libelli frequentiores ſunt, ac quidem apud Romanos, vt etiam alternationes circa *factum* ipſum et *medium concludendi*, ſuo modo admittantur, quod vel ex *cumulatione actionum* apparet, Iuri Romano incognita, hodieque ex iure canonico recepta. Vt adeoque ampliata ſit potius admiſſibilitas libelli alternatiui, quam reſtricta.

(4) Repugnantia Praxeos Germanica.

§. XI. Exploſa ergo doctrina communi, fundamenta ſolida ſubſtituenda ſunt, ad quæ tota hæc doctrina reuocari queat: et quidem ſex momenta potiſſimum obſeruanda eſſe iudico. Primum eſt, *diſpoſitionis et obligationis alternatiuæ* hanc eſſe naturam, vt vtrumque quidem ſit in obligatione *æque principaliter*, at alterum disiunctiuorum tantum in ſolutione, ſeu præſtatione, vel, vti dicitur *in l. 128. D. in fin. de obl. et act. vtraque res ad obligationem ponitur, non ad ſolutionem.* Electione itaque opus eſt, quæ *debitori* regulariter competit, vti docet *c. 70. de Reg. Iur. in VI. in alternatiuis ſiue disiunctiuis debitoris eſt electio, et ſufficit alterum impleri.* conf. B. HERTIVS, *diſſ. de Elect. ex obligat. alternat. debitori debita ſect. 1. §. 1. ſqq.* Dico, vtrumque *æque principaliter* eſſe in obligatione: in quo latet differentia obligationis vel diſpoſitionis alternatiuæ *a ſubſidiaria*, vbi alterum *præciſe et principaliter* debetur, alterum vero tantum *in ſubſidium*; licet autem hanc quoque *alternatiuam ordinis* vocare ſoleant, BRVNNEMANN. *ad c. 70. de R. I. in VI. n. 11.* HERTIVS *cit. diſſ. in prolegom.* §. 2. minus tamen recte tales diſpoſitiones ad alternatiuas referuntur, quæ potius *ſimplices* dicendæ, cum tantum *ex accidenti* alternatiuæ eſſe videantur, alioquin enim omnes obligationes, puriſſimæ et ſimpliciſſimæ,

Fundamenta firmiora contrariæ ſententiæ adducuntur; deſumta (I) a natura obligationum alternatiuarum:

Quæ differunt a ſubſidiariis.

alternatiuæ dicendæ eſſent. Hoc cum a plurimis haud obſeruatum ſit, et multorum errorum cauſſa exſtiterit, exemplis quibuſdam erit illuſtrandum.

Harum Exemplum eſt obligatio ex lege ad pœnam:

§. XII. Sic quælibet lex regulariter *præciſe et ſimpliciter* obligat, etiam in conſcientia, ad id faciendum, quod legislator iniungit, alioquin, ſi id negligitur, in locum eius ſuccedit *obligatio ad pœnam.* Quis vero inde cum nonnullis moraliſtis veteranis concluderet, *obligationem* legum eſſe *alternatiuam,* vt vel ſubditi illa, quæ legibus imperantur, agant, vel pœnam ſoluant ſuſtineantque? Sane nunquam legislator *primario et principaliter* pœnam intendit, ſed potius id, quod iubet, præcipitue fieri; quod prohibuit, vult omitti: pœna ideo ſaltem legis pars eſſe creditur, vt ſit remedium cogendi refractarios, ad præſtandum id, cuius gratia lex fuit lata; hinc eſt, quod legislatores *ægre,* et *præter intentionem primariam* pœnam infligere dicantur. *In ſubſidium* tantum illam legibus adiiciunt, vt ſubeant eam ſubditi, obedientiam legi debitam præſtare contra conſcientiam detrectantes. Nunquam ſane lex obligaret in conſcientia, ſi obligatio eius *alternatiua* dicenda eſſet, quia ſic in arbitrio ſubditorum poſitum foret, vtrum id, quod lege imperatum eſt, facere, an loco eius pœnam ſubire mallent, quod tamen intentioni legislatoris prorſus aduerſatur. Nec diuerſa eſt ratio *pœnæ conuentionalis,* quippe quæ etiam tantum *in ſubſidium* adiicitur, ſi aduerſus promiſſa factum a debitore fuerit §. *7. I. de V. O.* neque enim, qui eam adiicit, principaliter intendit *pœnam,* ſed vt præſtetur, quod debitor promiſit. Proinde pœnalis obligatio haud dicenda eſt *alternatiua,* vt debitori relinquatur electio, cum vtrumque *non æque principaliter* ſit in obligatione, ſed creditor adhuc agere poſſit vel *ſimpliciter*

It. ad pœnam conuentionalem:

citer ad implendum promiſſum, vel etiam *in ſubſidium*, ſi alter contumax ſit, ad pœnam ſoluendam *l. 10. §. 1. de pact. l. 15. et 16. D. de transact. l. 37. l. 40. C. eod.* Quodſi vero pœnalis proprie alternatiua eſſet, alternatiue quoque neceſſario agendum et debitoris arbitrio, quid præſtare vellet? relinquendum eſſet, quod tamen ſecus ſe habet per *cit. l. 10.*

§. XIII. Eadem obſeruatio locum habet, vſumque præſtat in *obligatione faciendi*, quam plurimi *alternatiuam* eſſe volunt, vt debitor electionem habeat, vtrum *factum*, an *intereſſe*, præſtare malit? aiunt enim, debitorem præſtando id, quod creditoris intereſt, liberari per *l. 72. D. de verb. obl. l. 13. §. f. D. de re iud. et l. 71. §. 2. de condit. et demonſtr.* LAVTERBACH *ad tit. de pact. §. 65.* MANZIVS *ad §. fin. I. de V. O. n. 9.* EMAN. DE COSTA *de fact. ſcient. et ignor. inſp. 3.* STRVVIVS *Ex. 6. th. 49.* Diuerſam eſſe contendunt rationem obligationis *in dando* conſiſtentis, quæ *præciſam* inuolueret præſtandi *neceſſitatem*, cum alioquin manu militari res debitori auferri queat *l. 68. de R. I.* Verum admodum falli videntur, qui ita diſtinguunt. Omnis enim obligatio ad intereſſe eſt *ſubſidiaria* et tranſit in locum principalis debiti, quatenus illud ipſum per dolum, vel culpam, vel moram debitoris præſtari nequit. Collineat huc HVG. GROTII *de I. B. et P. lib. 2. c. 7. §. 2. n. 1.* aſſertum: *Iuſtitia expletrix, quoties non poteſt pertingere ad idem, fertur ad tantundem, quod morali æſtimatione idem eſt.* Atque hæc obligatio ſubſidiaria locum habere poteſt, tam vbi *de dando*, quam vbi *de faciendo* agitur. Quid enim ſi quis ſtipulatus fuerit ſeruum vel equum, isque per dolum, moram, culpamue debitoris interierit? tenetur vtique *ad æſtimationem* ſeu inter-

It. in obligatione faciendi.

tereſſe *l. 91. pr. de V. O.* et hoc caſu æſtimatio per iuramentum in litem determinabitur. *l. 68. D. de R. V.* Et hoc in omnibus obligationibus, quæ *ad dandum* tendunt, obtinet, v. c. in conſtituto, *l. 23. D. de conſtituta pec.* commodato, *l. 17. in f. commod.* pignore, *l. 14. ſq. D. de pignor. act.* emtione venditione, *l. 1. D. de act. emt. vend.* locatione *l. 15. §. 8. D. locati cond.* ſimilibusque. Eædem deciſiones quoque applicari debent ad *obligationes faciendi*, quæ æque præciſe ſtringunt, ac quidem dandi, id quod tum recta ratio docet, tum lex ciuilis confirmat, ſtatuendo, *aliud pro alio inuito creditori ſolui non poſſe l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* Proinde actor, qui ad implementum agit, *non alternatiue*, ſed ſimpliciter agere debet, ad promiſſum præſtandum, nec reus ex communi doctrina obiicere poteſt, ſe eſſe alternatiue obligatum, aut ad *faciendum*, aut ad *intereſſe* ſoluendum, nec iudex eundem aliter, quam ad faciendum præciſe, condemnare debet. Ceterum, ſi reus extreme *contumax* eſt, vt nullo modo ad faciendum adduci queat, ſuccedit *tandem* in eius locum *ſubſidiaria* præſtatio eius, quod intereſt, quæ tamen *principaliter* in obligatione non erat. Hunc ſenſum, meo iudicio, habet *l. 13. in f. de re iud. qui non facit, quod promiſit* (h. e. quod principaliter in obligatione eſt) *in pecuniam numeratam* (in ſubſidium) *condemnatur, ſicut euenit in omnibus faciendi obligationibus*, non quod in his tantum id vſu veniat, ſed quod, comparatiue loquendo, in his facilius vſu venire queat, quam in *dandi*, quia in hac exſecutio facilior eſt, quam in illa: Interim obligatio ad intereſſe vtrobique eſt *ſubſidiaria*, vtrobique debitor *præciſe* tenetur ad id, quod promiſit principaliter, et quando æſtimatio eius, quod debetur, vel intereſſe præſtandum, hoc *ex accidenti* euenit, contra intentionem paciſcentium. conf. HVBER. *ad I. tit. de verb. obl. §. 5.*

§. XIV.

§. XIV. Ex hac deciſione pendet quæſtio vulgata: *An præciſe venditor teneatur ad tradendam rem venditam?* quod in dubium vix vocari poteſt, ſi vel maxime diſtinctio, §. *anteced.* reiecta, pro vera aſſumeretur, quia hic adeſt obligatio dandi. Sed, quod mireris, etiam hic nonnulli diſſentiunt, prouocantes ad *l. 1. pr. D. de Act. emt. vend.* vbi ſic VLPIANVS: *Si res vendita non tradatur, in id, quod intereſt, agitur,* quorſum etiam reſpexiſſe volunt CELSVM in *l. 12. D. eod.* et Imperatores in *l. 4. C. eod. tit.* Enucleat hanc controuerſiam plenius FRANZKIVS *ex. 11. qu. 1. per tot.* quam tantum vel ideo hic tangendam putaui, vt inquirerem, vtrum venditor alternatiue dici queat obligatus, vel ad rem tradendam, vel ad intereſſe? quod contra FABRVM recte negat FRANZK. *tit. de act. emt. vend. n. 42.* et cum eo LAVTERB. *ad cit. tit.* cuius ratio ſolida hæc eſt, quod omnis obligatio ad intereſſe ſit *in ſubſidium*, h. e. præſupponat caſum, quo res vendita, quæ principaliter debetur, amplius præſtari vel non poſſit, vel in eum coniecta ſit ſtatum per dolum, culpam, moram, vel, vt ait *cit. l. 4. C. procaciam venditoris*, vt emtori eam accipere amplius haud ſit integrum. Et hæc eſt ſententia *d. l. 1. D. ſi res vendita non tradatur*, propterea quod amplius tradi nequeat, *ad intereſſe*, in ſubſidium *agendum eſſe*, vt tamen minime in arbitrio venditoris ſit, vtrum rem, an intereſſe præſtare malit. Docet hoc perſpicue, ſeque ipſum explicat idem ICtus in *l. 68. D. de rei vind.* diſtinguens vtrum res poſſit præſtari, nec ne? priori caſu etiam ab inuito manu militari auferri poſſe, poſteriori vero æſtimationem ſeu intereſſe præſtandum eſſe. Hæc omnia liquido euincunt, *alternatiuam obligationem minime cum ſubſidiaria eſſe confundendam*, cum in *hac* id, quod principaliter debetur, tantum primario

Huc etiam pertinet qu. de traditione rei venditæ.

mario in obligatione ſit, in *illa* autem vtrumque æque principaliter debeatur, ita tamen, vt debitori competat electio. Alias ſi ſubſidiaria quoque ad alternatiuam obligationem referenda eſſet, illud inde abſurdum emanaret, omnem fere obligationem eſſe *alternatiuam*, cum in quauis eius, quod intereſt, ratio haberi poſſit, quamuis *ex accidenti.*

(II) Ab obligatione ſimplici, ſi aliud tamen ex lege ſolui poteſt. Exemplo actionis hypothecariæ.

§. XV. Altera obſeruatio eſt, *non eſſe alternatiuam obligationem, ſi non alterutra, ſed vnum idemque tantum ſit in obligatione, ita, vt ne quidem in ſubſidium alterum debeatur, quamuis ex legis beneficio aliud ſolui poſſit.* Quod enim ſponte præſtare poſſum, ad id non teneor. Sic actio *hypothecaria* contra tertium poſſeſſorem vnice eo tendit, vt res hypothecæ ſubiecta creditori tradatur, donec ipſi ſatis fiat, non autem, vt etiam tertius poſſeſſor ſoluat debitum, vtut *ſponte* ſoluere poſſit, ſi velit: proinde non adeſt proprie alternatiua obligatio, vt vel prædium hypothecæ ſubiectum tradat vel ſoluat, quamuis καταχρηστικῶς et abuſiue id dici queat, modo ſano hoc intelligatur ſenſu, prout etiam MARCIANVS in *l. 16. §. 3. D. de pign. et hypoth.* ait: *Si vero poſſideat, et aut pecuniam ſoluat, aut rem reſtituat, æque abſoluendus. Si vero neutrum horum faciet, condemnatio ſequetur.* Similis eſt ratio actionum *noxalium*, in quibus dominus condemnatur ex delicto ſerui, vtut ei liceat deditione ipſius corporis, quod deliquerit, euitare litis æſtimationem, vti dicitur in *l. 1. D. de Noxal. act.* Etſi enim alternatiue videatur obligatus *l. 6. §. 1. D. de re iud.* magis tamen propoſitio *conditionata*, quam *alternatiua* ſubeſſe videtur, hoc modo: Dominus ſerui pœnam luere debet, niſi ſeruum noxæ dare malit; tertius poſſeſſor rem hypothecæ obnoxiam reddere debet, niſi debitum ſoluere malit etc.

§. XVI.

(III) Ab alternatiua remediorum.

§. XVI. Tertio obſeruamus: Dari etiam *alternatiuam remediorum*, quæ ex cumulatione actionum naſcitur, et ſic *ex accidente* tantum libellum facit alternatiuum, cum in ſe ſingula remedia haud ſint alternatiua, adeoque huc proprie non ſpectent, vbi agimus de remediis *ſimplicibus*, non *cumulatis*. Moribus hodiernis huiuſmodi cumulationes admitti poſſe ex Iure Canonico, contra iuris Ciuilis regulas, iam alii fuſius probarunt, nec præſentis inſtituti eſt, theſin hanc pluribus perſequi.

Exempla.

Potiſſimum alternatiuam cumulationem admittunt, ſi vel ignoratur, quæ actio competat, vel dubitatur, vtrum hac vel illa ſuum quis perſequi poſſit, vnde re vera concluſio in libello fit alternatiua, veluti quando petitur: Jn Rechten zu erkennen, daß mir die qu. Wieſe iure dominii vel quaſi zuſtehe, vel ſi teſtamentum impugnatur ex capite *nullitatis* vel *inofficioſi*, daß dieſes Teſtament, als inofficioſum zu reſcindiren, oder wenigſtens zu Recht nicht beſtändig ſey, it. ſi contractus impugnatur ex capite *nullitatis*, vel ob *læſionem vltra dimidium etc.* Re vera hæc cumulatio introduxit incertitudinem in libellis, et quam alternationem *circa factum* ius Romanum improbauit, eandem ius canonicum et praxis approbarunt, cum, re curatius inſpecta, vtique *incertitudo* circa ipſa facta in exemplis allatis lateat. Et tamen pragmatici vno ore aiunt, libellum alternatiuum eſſe ineptum; quæ aſſertio, hoc rerum ſtatu, non poteſt non videri inepta. Ceterum, quod hanc *alternatiuam remediorum* proprie huc non pertinere dixerimus, vel inde conſtat, quod in pleriſque cumulationibus obiectum vnum et idem perſequamur, illudque tantum intentioni actoris inſit, licet duplex ac diuerſum fundamentum alleget, ex qua illud petere intendit. Vnum idemque tantum hic adeſt in petitione et diſpoſitione,

et

et vnum, non alterutrum perſequimur, nec vlla *regulariter* electo reo debetur, licet in fundamento petendi alternatione vtamur. Qui ignorat, vtrum reus ſe pro coherede agnoſcat, nec ne? partem dimidiam hereditatis petere poteſt, vel *hereditatis petitione* vel *familiæ herciſcundæ* iudicio, vnde in petitione quædam alternatio oritur, vt tamen plures res alternatiue non petantur. Qui ignorat, vtrum reus rem poſſideat titulo *ſingulari* an *vniuerſali?* moribus noſtris, rei vindicationem cum hereditatis petitione cumulare ac ita petere poteſt, daß mir das Hauß entweder iure hereditario oder dominii zuſtehe, ſed tamen tantum ædes petit, nec quicquam præterea, nec reo electio ex pluribus quid præſtare velit, debetur. Proprie alternatiua diſpoſitio eſt, qua plus vno debetur, et in diſpoſitione eſt, ſed non niſi vnum, a debitore eligendum, præſtari debet; deinde ipſa remedia, ſeorſim conſiderata, ſunt ſimplicia, adeoque *ex accidente* alternatio quædam, non intuitu *rerum*, ſed *fundamentorum agendi*, aut *mediorum concludendi*, libello inſeritur, cumulatione actionum interueniente.

Alternatiua et disiunctiua non differunt.

§. XVII. Equidem BALDVS et cum eo LVDOVICVS GOMESIVS *ad* §. *ſed iſte 3. de act. n. 37. ſq.* in hac cumulatione non *alternatiuum* ſed *diſiunctiuum* occurrere libellum putat, eamque differentiam inter vtrumque ponit, quod diſiunctiuus libellus ſit reſolutiuus in alteram partem, quam videtur eligere actor in proſecutione, ſecus in alternatiuo, quo actor non eligit, nec libellus reſoluitur in alteram partem; item, quod *diſiunctiuæ* particulæ proprie ſint *vel*, *aut*, de quarum natura ſit, verba diſiungere et ſignificatum; *alternatiuæ* vero proprie ſint hæ: *ſiue*, *ſeu*, quarum natura eſt, quod licet verba diſ-

Digitized by Google

diſiungant, coniungant tamen ſignificatum in effectu. Licet autem GOMESIVS in hac diſtinctione BALDI *maximum myſterium* eſſe, faciliusque admitti poſſe libellum *diſiunctiuum* quam *alternatiuum*, quod in *illo* actor in perſecutione eligat vnam partem ex expreſſis in libello, vt ſic reſoluatur in *ſimplicem*, quod ſecus ſit in *hoc*, ſibi aliisque perſuadere velit: puto tamen, hoc myſterium eſſe cerebrinum et inane. Sane ICti Romani hanc diſtinctionem non agnouere, quippe qui *alternatiuam* obligationem etiam *diſiunctiuam* vocant, docente STRAVCHIO *ex. VI. ad 50. Deciſ. Iuſtin. cap. 1. n. 20.* nec diuerſitas illa in particulis occurrit, quam GOMESIVS cum ſuo Philoſopho fingit. Quid enim, ſi quis promittit, *Stichum AVT Pamphilum, Epheſi AVT Capuæ* ſe daturum, eſtue hæc obligatio *diſiunctiua* an *alternatiua?* Diſiunctiua erit Gomeſio, quam tamen VLPIANVS in *l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco*, alternatiuam vocat. Quod vero, vti alias iuris eſt, reo hic nulla electio competat, vel inde eſt, quod hic non adſit alternatiua obligatio intuitu eius, quod petitur, quæ electionem reo tribuat *l. 10. in f. D. de iur. dot. l. 34. §. 6. de contrah. emt.* ſed alternatio ſolummodo concernat duo diuerſa remedia, quorum alterutro id, quod ſimpliciter debetur, actor perſequi intendit.

Notatur GOMESIVS.

§. XVIII. Quarta obſeruatio eſto: *Dari alternatiuas diſpoſitiones, quæ tamen libellum alternatiuum non reddunt.* Nimirum 1) ſi eſt intuitu perſonarum *l. f. §. 3. de V. O.* 2) ſi eſt intuitu locorum *l. 2. D. de eo, quod cert. loc. l. 5. §. 1. depoſ.* 3) intuitu locorum et rerum ſimul; nam *mixta rerum alternatio*, ait, cum SCAEVOLA VLPIANVS *in l. 2. §. 3. D. de eo, quod cert. loc. locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, et in rem propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reo re-*

(IV) Non omnes diſpoſitiones libellum alternatiuum faciunt.

ſeruare optionem. 4) Si eſt ratione rerum et perſonarum ſimul v. c. *dabisne mihi centum, aut Titio ædes?* 5) Ratione conditionis: *Si illud, aut illud factum fuerit*, §. 11. *I. de hered. inſtit.* 6) Si electio actori competit, vel quod ei reſeruata ſit, *l. 10. in f. de iur. dot.* vel, quod alias ex natura rei ei debeatur *L. 21. de Condict. indeb.* 7) Si alterutrum ex rebus alternatiue debitis periit, quia tunc, quod ſupereſt, ſimpliciter debetur *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. l. 32. D. de condict. indeb.*

(V) Interim libellus debet iuri et naturæ rei conformis eſſe.

§. XIX. Quinto obſeruandum ducimus, *libellum debere iuris diſpoſitioni et naturæ negotii conformem eſſe*, adeoque concluſionem ad id, quod ius cuique tribuit, et quod in negotio geſto actum eſt, dirigendum. Si itaque diſpoſitio iuris *alternatiue* actori quid concedit, ſi *alternatiue* obligatio concepta eſt inter contrahentes, libellus alternatiue erit formandus: Si *ſimpliciter* quid debetur, vel ex *legis diſpoſitione*, vel ex *voluntate contrahentium*, concluſio quoque vnice ad id, quod ſimpliciter debetur, erit dirigenda. Poteſt ergo *alternatiuus* libellus eſſe ineptus, quia negotio geſto et iuri, quod vnum tantum ſimpliciter actori petendum largitur, haud conformis eſt: Poteſt etiam *ſimplex* eſſe ineptus, quia rurſus iuri et negotio, quod veram alternationem habet, haud reſpondet, adeoque nulla ineptitudo *per ſe* in libello alternatiuo quærenda. Dico, *quod veram alternationem habet.* Si enim adeſt *obligatio ſubſidiaria*, libellus non eſt ineptus, quo quis id tantum, quod principaliter in obligatione eſt, perſequitur, vt, ſi *factum* eſt in obligatione, recte agit actor ad factum *ſimpliciter* præſtandum, quia id, quod *in ſubſidium* debetur, ex accidente tantum debetur. Porro nec libellus ineptus eſt, ſi alternatiue concipitur, vt reus aut factum præſtet, aut, hoc non facto, intereſſe,

vel:

Digitized by Google

vel: vt res vel ædes venditas tradat, vel, ſi tradere non poſſit, intereſſe ſoluat, *l. 1. pr. D. de act. emt. vend.* quia ita id ipſum exprimitur, quod ex iuris diſpoſitione *euentualiter* et *in ſubſidium* debetur. Expreſſio autem eius, quod tacite ineſt, non nocet.

§. XX. Accedit denique vltima obſeruatio: *Quamcunque conclusionem in libello explicandam eſſe ſecundum iuris diſpoſitionem, et ita intelligendam, vt potius ſuſtineatur, quam reiiciatur.* Nulla nos amplius formula includit, vt aucupes verborum eſſe debeamus. Liberiores agimus et petimus, adeoque actoris intentio in petito ſemper hæc fuiſſe videtur, quam lex poſtulat. Vſus huius obſeruationis non leuis eſt in actione hypothecaria contra tertium alternatiue inſtituta, vti ſuo loco oſtendam. Olim, quando in rem agebatur, formula hac vtendum erat: AIO REM MEAM ESSE, ſi vel maxime contra eum, qui dolo deſierat poſſidere, ageretur, quia hic quoque pro poſſeſſore habebatur *l. 13. §. 14. D. de hered. petit. l. 52. de rei vind.* et perinde condemnabatur, ac ſi poſſideret *l. 25. §. 8. D. de hered. petit.* Cum autem non poſſit rem ipſam præſtare, quam dolo poſſidere deſierat, litis æſtimationem ſoluere tenebatur *cit. l. 13.* iuramento in litem determinandam, *l. 25. §. 10. de hered. petit.* quæ tamen in libello olim haud petita videtur, ſed exſecutioni reſeruata. Hodie vero libellum pro inepto non habendum iudico, ſi contra eum, qui dolo deſiit poſſidere, alternatiue eſſet compoſitus, ita: **daß mir der qu. Acker** iure dominii **zuſtehe, und dahero der Bekl. mir ſolchen entweder** cum omni cauſſa **abzutreten, oder, in deſſen Ermangelung, den Wehrt deſſelben zu bezahlen ſchuldig ſey**: Peto enim id quod Iuris ratio mihi tribuit, quodque eadem reo iniungit, licet petitum ad formulam iuris antiquam haud videatur compoſita: Scrupuloſitas enim eiuſmodi a praxi noſtra aliena eſt.

VI. Ab officio Iudicis.

Exempl. Act. Hypothecaria.

It. rei vind.

 CAPVT

CAPVT II.

DE
LIBELLIS ALTERNATIVIS GENVINIS.

ARGVMENTVM.

§. I. Inſtituti ratio. II. In alternatiua obligatione iuris, libellus alternatiue conficiendus. Notatur Bergerus. III. 1) Actio aſtimatoria deſiderat formulam alternatiuam. IV. Cautelæ ad hanc actionem ab æque ſimilibus diſtinguendam. V. De facultate pœnitendi in contractu aſtimatorio. VI. De alternatiuo libello 2) in actionibus contrariis præſertim in actione commodati; VII. nec non in actione locati; VIII. De alternatiuo libello 3) in actione ad dotandum vel nubendum. IX. An ſtuprator hoc caſu ad nubendum abſciſſe condemnari poſſit? X. 4) in actione in factum aduerſus eum, qui mortuum intulit in locum alienum, XI. 5) in aqua pluuiæ arcenda actione, XII. 6) in interdicto ex L. 7. D. de damno infecto, XIII. 7) in proceſſu exſecutiuo. XIV. Petitum libelli ſimplex, quod alternatiuum eſſe debebat, ſuſtinetur vi clauſulæ ſalutaris. XV. De libello alternatiuo, ſi obligatio alternatiua naſcitur ex conuentione, XVI. vel ex vltima voluntatis diſpoſitione. XVII. Heres eodem modo ac defunctus alternatiue conueniendus.

§. I.

Libellus quandoque neceſſario alternatiue formandus.

Obſeruaui iam *cap. antec.* plerosque, qui regulæ vulgatæ, *libellum alternatiuum eſſe ineptum*, inhærent, plures conglomerare exceptiones: more maiorum, qui hac methodo vtplurimum vſi ſunt, vt infinitas limitationes et exceptiones colligerent, quæ vel regulam plane deſtruebant, vel quarum maxima pars non erat de regula. Eadem fata hæc regula, quam ſine examine aſſumſerunt, habuit, occaſione eius plura exempla coaceruarunt, libellum alternatiuum admittentia, quæ tamen partim genuina ſunt, partim ſuſpecta et dubia ad minimum

nimum a regula aliena, partim ad *alternatiuam remediorum* ſpectant. Sicuti vero alternationem, quæ ex *cumulatione remediorum* naſcitur, ex cauſſis, *cap. anteced.* allatis, prætereo, ita hoc capite afferam eos caſus; in quibus libellus neceſſario alternatiue formandus eſt, qui demum genuini videntur; reliquos autem, qui dubii vel ſuſpecti ſunt, vel qui non neceſſario alternatiue formandi, capite vltimo percurram.

§. II. Libelli alternatiue formandi ſunt vel ex diſpoſitione *legis* vel *hominis*. Prius contingit, ſi lex debitorem disiunctiue obligat, et ei electionem relinquit. Verum an eiuſmodi diſpoſitio in iure noſtro detur, prius inquirendum eſt. Grauiſſime enim obſtare videtur, quod vrget ICtiſſimus BERGER. *Diſſ. de ſentent. tacit. alternat.* §. 30. cenſetque, obligationes alternatiuas, quæ iuris dicuntur, non alternatiuas, ſed ſucceſſiuas eſſe. Quam *cap. præced. ſubſidiariam* aliquoties diximus, *ſucceſſiuam* vocat, vt vel definitio eius, quam ſtatim ſubiicit, docet. Si itaque alternatiuæ iuris obligationes potius, *ſubſidiariæ* cenſendæ, ſequitur, vt nullus libellus, in his ſeſe fundans, neceſſario ſit alternatiue formandus, quin rectius *ſimpliciter* potius formetur, cum quod *in ſubſidium* præſtandum, ex accidente eueniat, nec concluſionem libelli neceſſario intret. Deinde, ſtante hac hypotheſi reus quoque condemnari poteſt, ad id ſimpliciter præſtandum, quod principaliter debetur, nec in eius poteſtate eſt, vt eligat id, quod in ſubſidium debetur, cum aliud pro alio, inuito creditore, eligi nequeat. Multum itaque refert, vtrum, quaſdam dari proprie alternatiuas obligationes iuris afferas, an vero contendas, omnes eſſe ſubſidiarias. Cum vero de eo rectius conſtare

1) ex diſpoſitione legis.

Dari alternatiuas iuris proprias.

Contra Bergerum affirmatur.

Et exemplis probatur. non poſſit, quam ſi per ſingula exempla, quæ in iure occurrunt, eamus, vlteriori diſcuſſione huius dubii hic quidem ſuperſedebo.

§. III. Neceſſario quidam libelli alternatiuam concluſionem habent 1) *ex diſpoſitione legis*, quando ad alterutrum æque principaliter lex obligat reum, eique electionem tribuit, vtrum hoc vel illud præſtare malit, quam actor ei adimere non poteſt, quod *tamen* facere videretur, ſi ſimpliciter alterutrum peteret. Huc pertinet 1) *actio æſtimatoria*, quæ ex contractu æſtimatorio naſcitur. Dubitatum olim fuit, quænam formula huic negotio conueniens eſſet, an venditi, an locati, an mandati? cum vero neutra ſatis apta videretur, nouam formulam et actionem propoſuit Prætor, qua ageretur. Ideo autem de genere actionis dubitatum fuiſſe videtur, quia animaduertebant Romani, ex hoc contractu alternatiuam naſci obligationem, vt accipiens aut *ipſam rem* incorruptam reddat, aut *æſtimationem*, de qua conuenit, *l.* 1. *in f. D. de æſtimat.* adeoque formulam quoque alternatiue concipiendam eſſe, qualis in emtione, locato, vel mandato *per ſe* non dabatur: noua ergo vt præſcriberetur, opus fuit. Actionem autem alternatiue hic formandam eſſe, patet ex natura huius contractus, quo res ita æſtimata datur, *vt aut eandem mihi afferres, aut pretium*, vt dicitur in *l.* 17. §. 1. *D. de P. V.* vnde etiam reus periculum rei acceptæ ſuſtinet, quia alternatiue adſtringitur, adeoque re peremta, præciſe ad pretium reddendum tenetur *l.* 1. §. 1. *de æſtimat.* conf. B. HERTIVS *Diſſ. de elect. ex oblig. altern. debitor. debita ſect.* 1. §. 4. Conf. infra exercit. *de tranſlat. domin. in contr. æſtimat.* §. 33. *ſqq.*

1) in actione æſtimatoria.

§. IV.

Aeſtimatorii contractus differentia ab aliis contractibus.

§. IV. Ante omnia tamen conſtare debet, hunc contractum cum propola eſſe initum. Aliquando *ſimplex mandatum* eſſe poteſt, quo caſu, ex natura huius contractus, mandatum quouis tempore reuocari, ſi extat, res ſimpliciter repeti, vel, iam vendita eſt, pretium peti poteſt. *l.* 5. §. 3. *D. mand.* Colligitur hoc ex variis coniecturis: 1) ex conditione *eius, cum quo contractus eſt initus*, vtpote ſi res non propolæ, ſed amico ad vendendum data fuit, quia cum amico magis mandatum contrahere ſolemus *l.* 1. §. 4. *D. mand* 2) ex qualitate *obiecti*, veluti ſi *res immobilis* vendenda ſit, eaque alteri haud tradatur, ſed ei ſaltim nude mandetur, vt fundum certum venderet, tunc potius eſt mandatum, 3) ex ipſa partium *conuentione*, quæ ipſa diſtinguit negotia, et intentionem contrahentium declaret. Atque hæc ratio eſt, quod ICtus in *l.* 17. §. 1. *de P. V.* varie diſtinguat in ſpecie ibidem propoſita. Ait: *Si margarita tibi æſtimato dedero, vt aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde hæc perierint, ante venditionem cuius periculum ſit?* Ratio dubitandi eſſe videbatur, quod ante omnia inquirendum eſſet, quiſnam contractus eſſet celebratus, an æſtimatorius, an mandatum, an alius? LABEO itaque diſtinguit, et dicit: *Si quidem ego te venditor rogaui, meum eſſe periculum*: h. e. ſi nudum mandatum initum eſt, dantis eſt periculum, id quod potiſſimum ex *rogatione* colligitur, quia mandatum *per rogationem* contrahitur, adeoque hoc caſu alternatiue, non neceſſario agendum, ſed ſi res repetitur, obſtat *exceptio rei interitæ* ſeu peremtæ. Pergit vero: *ſi tu me rogaſti, tuum eſt periculum*, h. e. eo caſu habendus potius eſt contractus pro *æſtimatorio*, ſi accipiens rogauit, vt ei margarita, æſtimata pro certo pretio vendenda daret, et periculum eſt accipientis, quippe qui alterna-

tiue

tiue obligatur *L. 1. §. 1 de æſtimat.* Denique addit tertium caſum: *Si neuter noſtrum, ſed dumtaxat conſenſimus,* h. e. ſi neuter alterum rogauit, ſed obiter de re vendenda edifferendo, conſenſerunt de vendenda re pro certo pretio, ita, vt non conſtet, an contractus *æſtimatorius*, an vero *alius* initus fuerit, in dubio media arripienda eſt ſententia, vt accipiens tantum dolum et culpam præſtet, et, quia de genere actionis hoc modo quoque dubitatur, *præſcriptis verbis* agendum erit, quæ actio locum habebat, vbi deficiebant vulgaria et vſitata actionum nomina.

De facultate pœnitendi.

§. V. Quæ cum ita ſint, facile liquet, quid dicendum ſit de illa quæſtione, quam mouet BERGERVS *in reſol. LL. ad Lauterb. tit. de æſtimat. qu. 4.* an in contractu æſtimatorio is, qui dedit, pœnitere poſſit re adhuc integra, et rem repetere condictione cauſſa data cauſſa non ſecuta? Id quod Vir illuſtris affirmat per *L. 5. §. 1. de Præſcr. Verb.* ibi: *vel ſi meum repetere velim, repetatur, quod datum eſt.* Quamuis vero hanc deciſionem facile admitterem in ceteris contractibus innominatis; in hoc tamen contractu eam vel ideo in dubium vocare cogor, 1) quod accipiens *alternatiue* obligetur, poſtquam ſemel res ei data eſt, adeoque *electio* ei, ne quidem per indirectum, adimi queat: 2) quod in hoc ſtatim *dominium* transferatur, quod reuocari non facile poteſt: 3) ſi res ſimpliciter venditionis cauſſa daretur, forſan deciſioni locus eſſet relinquendus; iam vero ita datur, vt vel *rem* vel *pretium* conuentum reſtituat. Quid igitur, ſi accipiens rem iſtam retinere, ſibique habere, quid ſi pretium reddere malit? Denique 4) hunc contractum ad innominatos referendum eſſe non puto, cum peculiarem ſuam indolem, determinatam formam, et ſpeciale nomen habeat. Neque obſtat,

Digitized by Google

obſtat, quod actio P. V. inde detur, quippe quæ etiam ex *precario* competit, quod tamen non poteſt ad hos contractus referri. Deficiebat in hoc negotio formula conueniens, cum formularum catalogus non omnibus numeris abſolutus eſſet, *l. 5. P. V.* et in hoc defectu ad actionem P. V. recurrebant, i. e. præſcribenda erat formula negotio accommodata, et hac agendum. Proinde agenti condictione cauſſa data cauſſa non ſecuta obſtabit exceptio *non competentis actionis*.

§. VI. (II) Contrariæ actiones ex contractibus bilateralibus, inæqualiter talibus, quandoque alternatiue concipiendæ in caſu, ſi debitor rem, quam ex huiuſmodi contractu tenuit, *culpa ſua* perdidit, et hunc in finem æſtimationem litis præſtare debuit, ſed poſtea res deperdita in *domini poteſtatem* peruenerit. Applicat hoc PAVLVS ad rem *commodatam* deperditam in *l. 17. in f. D. commodati*, et definit, commodantem contrario iudicio, aut rem commodatam præſtare, aut quod ab eo acceperit, reddere debere. Nam ex *bono et æquo* in his iudiciis obligatio naſcitur: iniquum autem foret, ſi reus vtrumque retinere vellet, cum potius alterutrum reddere teneatur, id quod non tantum in hac commodati actione contraria obtinet, ſed, eadem æquitatis ratione, ad ceteras actiones contrarias depoſiti, pignoratitia etc. extendi poterit. Sed vero grauiſſima ratio dubitandi ſupereſt, cuinam hoc caſu electio concedenda ſit, an *commodanti*, an *commodatario?* nam ſi illi ea adſcribenda, alternatiue omnino agendum; ſi vero huic, petere quoque ſimpliciter alterutrum poteſt, adeoque ei integrum eſt, an ſimpliciter, an alternatiue agere malit? licet alternatiue agere non teneatur. Commodatario electionem tribuit DIONYS. GO-

(2) *Actiones contrariæ ex contractibus bilateralibus*,

in ſpecie Commodati.

THOFREDVS *in not. ad cit. l. lit. g.* quem ſequitur MEVIVS *ad ius Lubec. tit. 2. art. 1. n. 15.* ex hac ratione, quod, cum habeat electionem actionum, rerum quoque ipſarum electionem habere debeat. Scilicet commodatarius triplici ratione agere poteſt, vel enim *rem commodatam* præoptat habere, quo caſu *rei vindicatione* eam petere poteſt, quoniam litis æſtimatio rem offerentis facit: *l. 5. §. 1. commod. l. 1. C. commun. vtriuſque iudic. l. 63. de R. V.* aut vero *pretium* ſibi reddi cupit, quo caſu *condictione ſine cauſſa* illud petere poteſt: *l. 2. de condict. ſin. cauſſa,* aut denique *alterutrum* ſibi reddi intendit, et hoc caſu *commodati* actione vtendum, iuxta *l. cit. 17. in f.* Inde putant, quia habet electionem remediorum, habere etiam electionem rerum. Equidem hactenus id admitto, vt electionem habeat, vtrum rem vindicare, an pretium condicere malit, adeoque pro diuerſitate remediorum etiam diuerſimode agere poſſit; aſt inde non fluit, eandem electionem actori ſaluam eſſe, ſi *commodati contraria* agatur. In hac reus tanquam debitor conuenitur, qui ex æquitate ad alterutrum obligatur, et ita tanquam debitor electionem habere debet. Contraria vnice tendit ad indemnitatem præſtandam, quam tunc obtinet actor, ſi reus alterutrum ei præſtiterit, cuius electio ei debetur. HERTIVS *cit. loc. ſect. 1. §. 1.* FRANZK. *ad tit. commod. n. 60.* LAVTERB. *ad dict. tit. n. 25.*

An etiam locati?

§. VII. Ceterum grauior ratio dubitandi emergit, an in actione *locati* idem quoque obtineat? Si enim fullo veſtimenta lauanda conduxerit, deinde, amiſſis eis, domino pretium, ex locato conuentus, præſtiterit, poſteaque dominus inuenerit veſtimenta, quæritur, qua actione debeat conſequi pretium, quod dedit? Ita format VLPIANVS quæſtionem in *l. 2. D. de con-*

Digitized by Google

condict. ſin. cauſ. et ita tantum de pretii recuperatione ſollicitus eſſe videtur. Equidem quin ſimpliciter ad pretium recipiendum *condictione ſine cauſſa* agi queat, non habet dubium, quia ex poſt facto pretium ſine iuſta cauſſa detinet. Ceterum ſi actione conducti agere velit, *omnimodo* eum audiendum eſſe, ait ICtus in *cit. l.* vt conſequenter non alternatiue, ſed ſimpliciter pretium repetere eum poſſe videatur, cum tamen eadem adſit ratio, quæ in contrariis antea adducta eſt. Sed cogitandum eſt, primario ICtum ſollicitum fuiſſe de eo, an *condictio ſine cauſſa* hoc caſu locum habeat? id quod affirmat, et id ipſum, de quo maior dubitandi ratio erat, *obiter* ſaltim tangit, aitque: *Ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem*, h. e. illud extra dubium poſitum eſt, eum ex conducto agere poſſe. Aſt *quomodo* agere debeat, non addit, quia obiter *genus actionis* tantum exprimit; Cum itaque actio conducti ſit quoque actio bonæ fidei, et inter alia ad indemnitatem tendat, merito quoque ex hoc fundamento alternatiue agendum erit, vt vel *veſtimenta* reddat, vel *pretium* reſtituat, *arg. l. 17. in f. commod.* Si enim alterutrum ei præſtatur, indemnis fullo ſeruatur, adeoque rurſus multum refert, quo genere actionis vtatur, vtrum in eo ſe fundet, quod reus *pretium ſine cauſſa* habeat? quo caſu ſimpliciter pretium repetit: an vero ex *contractu* agat, et indemnitatem a reo poſtulet? et ita electionem ei tribuere debet. *Affirmatur.*

§. VIII. Præterea quoque (III) ſtuprata contra ſtupratorem ex praxi hodierna conſiſtoriorum agere debet, *vt eam aut ducat, aut dotet*, ſi nullam ſtuprata promiſſionem matrimonii allegare poſſit, CARPZOV. *lib. 2. iuriſpr. Conſiſt. def. 229. n. 4. ſqq.* B. STRYK. *in not. ad ius Eccleſ. Brunnem. lib. 2. c. 18. §. 16.* (3) *Actio ad dotandum aut nubendum.*

Natam hanc eſſe ex errore quodam ſententiam in propatulo eſt. De iure diuino ſtuprator ſtupratam præciſe ducere, et quia de iure Moſaico dotatio conſequens matrimonii erat, eam quoque dotare debebat. *Exod. XXII, 16. 17. Deut. XXII, 28.* Nec ius Canonicum ab hac ſententia receſſit, ſed aperte illam confirmauit in *c. 1. et 2. X. de adult.* Quia vero in noſtris foris et terris matrimoniorum non eadem ratio eſt, vt maritus vxorem *poſt matrimonium* contractum dotare debeat, deciſio iuris diuini et canonici ſimpliciter applicari haud potuit, adeoque quidam imperiti interpretes exiſtimarunt, commodius eſſe, ſi obligatio copulatiua, quæ ab vſu fori aliena eſt, verteretur in *alternatiuam*, vt ſtupratam aut duceret aut dotaret, et ita alterutrum ſufficeret. CARPZ. *cit. loc. n. 7.* Tolerari adhuc potuiſſet hæc ſententia, ſi non *alternatiuam*, ſed *ſubſidiariam* contineret obligationem, vt primario ad eam ducendam teneretur, in ſubſidium vero, ſi extreme eſſet contumax, ad dotandum, quia ſic iuri diuino adhuc quodammodo conformis, nec ſtupratori electio relinquenda eſſet, ſed ſtuprata potius *ſimpliciter*, vt eam duceret, agere poſſet. Sed, ſi CARPZOVIO credimus, in Saxonia alterutrum ſufficit, vt non poſſit non electio ſtupratori competere, niſi grauiſſima cauſſa eam tollat. Alibi quoque idem receptum eſſe teſtatur B. STRYKIVS *cit. loc.* quamuis BRVNNEMANNVS *ibid.* putet, eum cogendum eſſe præciſe, vt defloratam ducat, quam ſententiam merito probarem, niſi praxis communis reſiſteret. Hoc tamen temperamentum extra Saxoniam non intermittendum eſſet, vt obligatio ſtupratoris non tam *alternatiua,* quam *ſubſidiaria* haberetur. Ipſa enim *dotatio* nihil aliud eſt, quam præſtatio eius, quod intereſt; quemadmodum vero hæc *regulariter in ſubſidium* debetur, prout *cap. 1.* oſten-

Digitized by Google

oſtendi, ita quoque de dotatione aliud iudicium ferri nequit, quam, vt tunc demum debeatur, ſi nullo modo adduci poteſt ſtuprator, vt eam ducat.

§. IX. Inde nata eſt quæſtio: an ſubſiſtat ſententia, qua ſtuprator ad ducendam ſtupratam *ſimpliciter* condemnatus eſt, hoc effectu, vt condemnatus præciſe ad ducendum teneatur? Mouet eam BERGERVS *diſſ. de ſentent. tac. alternatiu.* cenſetque eam eſſe *tacite alternatiuam*, h. e. id, quod omiſſum eſt, tacite intelligi, cum ipſo iure competat, id, quod iudex reo ademiſſe non videretur. Quamuis enim (1) ſit magnus *matrimonii* fauor, (2) antiquitus hæc obligatio *copulatiua* fuerit, (3) ſententia *ſtricte* ſit accipienda, (4) hoc modo *ſtupratæ* magis ſuccurratur, (5) hæc obligatio non ſit pure alternatiua, ſed *ſucceſſiua*; reſpondet tamen ad hæc dubia, quod fauor matrimonii ius alicui competens non auferat; quod hodie obligatio ſtupratoris non amplius ſit copulatiua; quod ea, quæ tacite intelliguntur, non cenſeantur ideo excluſa, quia ſententia eſt ſtrictæ interpretationis; quod iudex non poſſit eſſe mitior lege, et quod ſatis ſtupratæ ſuccurratur, ſi ſtupratori vel maxime electio relinquatur; quod quidem hæc obligatio ſit ſucceſſiua, *verum*, addit, *non ita*, *ſi ducere non poſſit*, *ſed ſi nolit*. Priora quatuor argumenta non adeo obſtare videntur, ſed vltimum maius robur habet. Si enim vltima ratio admittenda eſt, vti BERGERVS eam admittit, et ſtupratoris obligationem *ſucceſſiuam*, hoc eſt, *ſubſidiariam* eſſe contendit, duo maxime inde fluunt: (a) ſtupratori *electionem* haud competere, quia quod in ſubſidium debetur, eo tantum caſu debetur, quando id, quod principaliter in obligatione eſt, præſtari nequit, id quod omnis actio ad intereſſe docet, non vero, quando reus id præſtare non

An hic ſimpliciter ad ducendum condemnari poſſit reus?

non vult, niſi in extrema verſetur contumacia, vt nullo modo ad implementum eius adduci queat: (b) ſententiam re vera non eſſe *tacite alternatiuam*, ſed potius *ſimplicem* dicendam, quia alioquin omnis ſententia dicenda fere eſſet tacite alternatiua, cum vt plurimum, quando, quod adiudicatum eſt, ſolui nequit, ſuccedat in eius locum, quamuis ex accidente, *ſubſidiaria obligatio* ad intereſſe vel æſtimationem. Hoc vero poſito, ne quidem libellus eſſet alternatiue formandus, quod §. *antec.* ſecundum praxin *communem*, Saxonica excepta, expoſui.

(4) ***Actio in factum contra eum, qui mortuum intulit in locum alienum.***

§. X. Nouum (IV) occurrit exemplum obligationis iuris alternatiuæ, proprie dictæ, in *l. 7. pr. D. de relig. et ſumt. fun.* quando quis mortuum ſuum in locum vel ſepulcrum alienum intulit. Hic enim tenetur actione *in factum*, *vt aut tollat id, quod intulit, aut loci pretium præſtet*, vt dicitur in *cit. l. 7.* adeoque non poteſt non reo electio competere. LAVTERBACH. *tit. de relig.* §. 15. B. HERTIVS *cit. diſſ. ſect. 1.* §. 5. Equidem, ſi verba edicti conſideramus, obligatio alternatiua deeſſe videtur. Ait Prætor in *l. 2.* §. 2. *eod. qui hoc fecit, in factum actione tenetur et pœnæ pecuniariæ ſubiicietur.* Si ergo pretium loci inſtar *pœnæ* eſſe videtur, prout cenſet STRVVIVS *ex. XV. th. 78.* ſubſidiaria, non alternatiua erit obligatio, quia omnis obligatio pœnalis regulariter eſt *ſubſidiaria*, prout *cap. anteced.* monui. Verum ſalua res eſt. Duæ in edicto Prætoris propoſitiones occurrunt: (1) quod reus *actione in factum* teneatur: (2) quod *pœnæ pecuniariæ* ſubiiciatur. Poſterius non vniuerſale eſt, ſed poſitis terminis habilibus intelligendum, ſi *delictum* quoddam concurrit, ſi v. e. in locum publicis vſibus deſtinatum quis doloſe intulit, modica coercitione plectendus erit, vt ait ICtus in

Digitized by Google

in *l. 8. §. 2. eod.* Ceterum qui in priuatum locum intulit, actione *in factum* ſimpliciter tenetur; ad quid autem illa competat, Prætor non exponit, ſed GAIVS ICtus ex interpretatione vſuali hoc addit in *cit. l. 7. pr.* ſcilicet, vt vel cadauer *tollat*, vel loci *pretium* præſtet, quod loci pretium pœna pecuniaria dici nequit, alioquin *in heredem* dari haud poſſet, nec *perpetua* eſſet, quas proprietates tamen habet ex *l. 7. pr. cit.* Nec obſtat, quod ita dominus *inuitus* cogatur locum ſuum alteri vendere; id enim fit propter fauorem religionis, ob quem a ſtricta iuris ratione receditur. *Summa eſt ratio*, ait PAPINIANVS *in l. 43. in fin. eod. quæ pro religione facit.* Credebant enim gentiles, manes turbari et inquietari, ſi cadauer temere erutum in alium locum transferretur, quod *religioni* aduerſum videbatur.

§. XI. Similiter (V) *actio aquæ pluuiæ arcendæ* quandoque poteſt eſſe *alternatiua* in caſu, quem proponit ICtus in *l. 2. §. 1. D. de aqu. et aqu. pluu. arc.* Quando vetus foſſa erat agrorum ſiccandorum cauſſa, nec memoria extabat, quando facta ſit, ex eoque, quod vicinus inferior eam haud purgaret ex reſtagnatione eius aqua fundo ſuperiori nocebat, cenſuit LABEO, *aquæ pluuiæ arcendæ cum inferiore agi poſſe, vt aut ipſe purgaret, aut actorem pateretur in priſtinum ſtatum eam redigere.* Equidem actio hæc regulariter competit, ad deſtruendum id, quod manu factum eſt; ſed id quidem hic applicari nequit, cum foſſa vetus adſit, cuius initii memoria non extat, et *vetuſtas* talis pro lege haberi debeat *l. 2. pr. eod.* Ergo, æquitate ſuadente, tantum ad purgandam foſſam, non ad eam deſtruendam agendum eſſe videbatur. Quia vero foſſa agrorum circumiacentium ſiccandorum gratia comparata erat, et ita omnium vicinorum, immo ipſius quoque, in cuius fundo erat, intererat,

(5) *Actio aquæ pluuiæ arcendæ.*

erat,

erat, vt foſſa purgaretur, præciſe cogi non poterat, vt ipſe ſuis ſumtibus foſſam purgaret in vicinorum agrorum commodum, ſed vt *alterutrum* tantum præſtaret. Nec contrarium euincitur ex *l. 2. §. 4. eod.* vbi idem caſus relatus videtur, et tamen addit ICtus, *cogendum eſſe vicinum purgare*, nam, ſi verum fateri licet, non omnes circumſtantiæ accurate expreſſæ ſunt. Ait PAVLVS: *apud Aretium vero relatum eſt, eam foſſam* in ſuperiori fundo, *ex qua ad inferiorem fundum aqua naturaliter deſcendebat, cogendum eſſe vicinum*, ſcilicet non a domino prædii inferioris, ſed ab aliis circumiacentium agrorum dominis, quorum agris aqua hæc iam nocere incipiebat propter reſtagnationem, *purgare, ſiue extet foſſæ memoria, ſiue non extet*, cum ſufficiat, quod curſum ſuum naturalem mutare incœperit, nec ipſi hoc incommodum pati teneantur, quod naturaliter inferior ager a ſuperiore pati debet *l. 1. §. 23. D. eod.*

(6) Interdictum ex L. 7. de damn. infect.

§. XII. Dantur etiam (VI) *interdicta alternatiua*, quorſum pertinet illud, cuius mentio fit in *l. 7. in f. D. de damn. inf.* Scilicet, ſi antequam cautio de damno infecto petitur, ædes ruinoſæ deciderint, ſiquidem dominus ædium corruentium rudera tollere vellet, non aliter permittendum, quam vt omnia, id eſt, et quæ inutilia eſſent, auferret, et de damno præterito et futuro caueret: *Quodſi dominus ædium*, pergit ICtus, *quæ deciderunt, nihil faciat, interdictum reddendum ei, in cuius ædes rudera decidiſſent, per quod vicinus compelletur, aut tollere, aut totas ædes pro derelicto habere*, maxime, ſi propter aliquod impedimentum ſibi proſpicere non potuit *l. 8. D. eod.* Quanquam enim ante cautionem præſtitam *directo* ad damnum reſarciendum haud obligetur: interim tamen *per indirectum* ad hoc cogi poteſt, *ſi rudera tollere vult.* Sed nec ad hoc cogi poteſt, cum

Digitized by Google

cum ei integrum ſit, ædes, quæ nocuerunt, derelinquere, quo caſu omnis obligatio ad damum reſarciendum exſpirat. Idem approbat IVLIANVS ICtus in *l. 9. pr. eod.* ibi; *non inique Prætorem curaturum, vt dominus vitioſarum ædium aut damnum ſarciat, aut ædibus careat.*

(7) In proceſſu Exſecutiuo.

§. XIII. In proceſſu exſecutiuo quoque (VII.) alternatiua petitio occurrit, præſertim in Saxonia, quo reus adſtringitur, vt *chirographum ſuum vel recognoſcat, vel iurato diffiteatur.* Omnino enim, antequam condemnari queat, liquidum eſſe debet, vtrum chirographum a debitore ſcriptum ſit nec ne? et de ſcripturæ ſinceritate conſtare, id quod aliter fieri nequit, quam ſi eam aut recognoſcat, aut iurato diffiteatur. CARPZ. *de Proc. tit. 22. art. 2. n. 8. ſeqq.*

De effectu clauſulæ ſalutaris.

§. XIV. Ex his adductis ſpeciebus ſatis, ni fallor, apparet, dari obligationes *alternatiuas iuris* proprie dictas, ita, vt *reo* ſimpliciter electio competat, ideoque non omnes poſſe ſubſidiarias dici, vti BERGERVS exiſtimat. Concedo quidem, ea ſpecies, quas *in cit. diſſ. de ſentent. tacit. altern.* §. 7. *ſqq.* adduxit, recte poſſe dici *ſubſidiarias*, ſi eam, quam §. *antec. IX.* adduxi, excipias, ſed iis haud abſoluitur catalogus obligationum alternatiuarum, quæ ex iuris diſpoſitione tales ſunt; vnde pauciſſimæ ex his, quas attulit, ab eo relatæ ſunt, in quibus, meo quidem iudicio, libellus neceſſario alternatiue formandus eſt, ne alias vitio laboret, et reus prægrauetur, cui electio ſimpliciter in his ſpeciebus competit. Ceterum ſi *clauſula ſalutaris* libello eſſet adiecta, prout hodie communiter fieri ſolet, etiam petitio ſimplex tolerari poſſet, quia ex communi practicorum ſententia, quæ fere in ius tranſiit, in primis vero vi Rec. Imp. de a. CIↃ IↃ LI. §. 32. hac clauſula adiecta, illa quoque cenſentur

petita, quæ de iure peti debuiſſent, vt adeoque libellus ſecundum iuris diſpoſitionem intelligi debeat, et ſic *tacite alternatiuus* dici queat.

(II) Ex diſpoſitione hominis:

§. XV. Pergo ad alteram claſſem, quando libelli *alternatiue* ſunt formandi ex *diſpoſitione hominis*, ſiue *inter viuos*, ſiue *vltima voluntate* alternatiue concepta, modo electio penes debitorem ſit, quia alias actor exceptione plus petitionis remouetur §. *34. I. de action.* Huc pertinet, 1) ſi contractui adiecta eſt *æſtimatio venditionis gratia*, quippe quæ efficit, vt debitor *alternatiue* obligetur, ſiue ad *rem*, ſiue ad *æſtimationem* præſtandam, niſi creditori ſpeciatim electio reſeruata fuerit; et ſic in dote, *æſtimato data*, maritus habebit electionem, vtrum malit rem offerre, an pretium earum. Nam addit, declarationis gratia ICtus *in l. 10. in f. de iur. dot. cum illa, aut illa res promittitur, rei electio eſt, vtram præſtet*, ergo etiam alternatiue conueniendus eſt. Ceterum ſi tantum nudæ *taxationis gratia*, ſeu in fauorem mulieris, æſtimatio adiecta, vt in caſu deteriorationis vel perditionis conſtet, quid maritus præſtare debeat? vxor *ſimpliciter* agit ad dotem repetendam, ſi adhuc extat. *l. 21. C. de iur. dot.* Idem dicendum de ceteris contractibus, quibus æſtimatio adiecta eſt. *l. 5. §. 3. D. commod. l. 7. §. 1. de donat. int. vir. et vxor.* II) Si in contractu principaliter alterutrum promiſſum, veluti, ſi hoc, aut illud, venditum eſt, ſiquidem venditori reſeruata electio, ille alternatiue actione emti eſt conueniendus, *l. 34. §. 6. D. de contr. emt. vend.* ſed et ſi quis ex alio contractu alterutrum promittit, debitoris eſt electio, adeoque alternatiue petitio formanda *l. 2. §. 3. D. de eo quod cert. loc.* niſi creditor ſibi eam reſeruauerit *l. 112. de verb. obl. l. 95. de ſolut.*

Vel inter viuos, vt 1) in æſtimatione venditionis cauſſa adiecta.

2) In promiſſione alternatiua.

§. XVI

§. XVI. Neque aliud dicendum de debito alternatiuo ex vltima voluntate, quatenus reo competit electio. Regulariter quidem legatarius eligit, ſed teſtator heredi electionem relinquere poteſt, quod olim cenſebatur factum, ſi *per damnationem* legatum erat relictum. *l. 19. D. de legat. 2. l. 29. §. 1. de legat. 3.* Et quamuis hodie formulæ legatorum ſint ſublatæ, vt nulla amplius diuerſitas ſupereſſe videatur, quibus teſtator vſus ſit verbis, quoad effectum tamen *electionis* adhuc hodie multum refert, quibus verbis legatum conceptum. Quid enim ſi teſtator dixerit: **Mein Erbe ſoll ſchuldig ſeyn**, Caio **entweder meinen Garten oder Wieſe zu geben**, an non heredi, ad quem verba ſunt directa, electio competit, et an non alternatiue conueniendus erit? quod recte aſſerunt B. HERTIVS *cit. l. ſect. 3. §. 3.* B. STRYK. *vſ. mod. tit. de legat. §. 3.* Limitatur tamen, niſi heres *ex accidente* electionem amiſerit. Hoc contingere poteſt 1) ſi ante diem legati cedentem alterutrum perierit, quia tunc, quod ſupereſt, in obligatione ſimpliciter manet: 2) Si heredi certus dies, quo ſtatuere poſſit, quid præſtare velit, præfixus eſt: quod ſi enim eo die non dixerit, hanc an illam rem præſtare malit, legatariis ſalua eſt electio, et ſic alterutrum ſimpliciter petere poſſunt. *l. 11. in f. D. de legat. 2.* *Vel mortis cauſſa.*

§. XVII. Neque vero hoc modo tantum cum principali debitore, ſed etiam cum ipſius *herede* agendum eſt alternatiue, cum regulariter heres eodem modo obligetur, quo defunctus obſtrictus fuit. Limitandum hoc cenſent in alternatiua *vltima voluntate* conſtituta per *l. 24. et 67. §. 7. D. de legat. 2.* vt electio per mortem heredis exſtinguatur. HERTIVS *d. l. ſect. 4. §. 3.* DIONYS. GOTHOFRED. *ad cit. l. 67. §. 7. lit. d.* Sed hoc indiſtincte admitti nequit, quin potius attentendum, vtrum alterna- *His caſibus etiam contra heredem alternatiue agendum.*

Digitized by Google

ternatio ſit intuitu rerum *legatarum*, an *perſonarum*, quibus legatum præſtandum? *Priori* caſu electio æque ad heredem heredis tranſit, ac ad legatarii heredem, ſi ille ante electionem mortuus ſit, *l. 19. D. de option. legat.* ex communi iuris ratione, quod heres æque obligetur, vti defunctus: *poſteriori* vero videndum, vtrum *certum tempus* electioni præfinitum, nec ne? ſi *prius*, poſt tempus elapſum perit electio, et huc pertinet deciſio *l. 67. §. 7. D. de leg. 2.* vbi fideicommiſſum ita conceptum erat: *Rogo fundum, CVM MORIERIS, reſtituas ex libertis, cui voles.* In hac ſpecie heres *ante mortem* eligere debuit, id quod ſi non fecit, electio morte eius exſtinguitur, et ſic *defuncto eo, priuſquam eligat, petent omnes*, quod confirmatur per ea, quæ dicta ſunt *in fin. §. præced.* Sin *poſterius*, omnes ad petitionem etiam admittuntur, niſi ſtatim eligat, cui dare malit *l. 24. D. de leg. 2.* Ex quo fluit, ſi certum tempus heredi præfinitum, et intra illud deceſſerit, heredi eius adhuc ſaluam eſſe electionem.

CAPVT III.
DE
LIBELLIS ALTERNATIVIS DVBIIS.

ARGVMENTVM.

§. I. Ratio dubiorum circa libellos alternatiuos. II. De dubiis circa libellum 1) in actione ex L. 2. C. de reſcind. vend. in qua deeſt alternatiua obligatio. III. nec ideo libellus, IV. nec ſententia alternatiue concipienda. V. An hæc actio adhuc competat, re peremta apud emtorem? VI. 2) in actionibus noxalibus: VII. 3) in actione hypothecaria aduerſus tertium poſſeſſorem. Hiſtoria controuerſiæ circa libellum in hac actione: VIII. qui alternatiue non formandus. IX. Diſſentientium argumenta. X. Quatenus in

Digitized by Google

in ſenſu iuris tolerandus? XI. Qualis ſententia intuitu eius ferenda? XII. In obligatione ſubſidiaria libellus alternatiue non formandus: XIII. tolerandus tamen in ſenſu iuris. XIV. In ea debitum principale vnice recte petitur et adiudicatur, XV. æque ac in obligatione faciendi, XVI. nec non in pactis reſolutiuis, XVII. in cautione, legati conditionati cauſſa, præſtanda, XVIII. ac in legato rei alienæ; XIX. Quatenus ob diuerſa iuris remedia libellus alternatiuus admittatur? XX. Exempla ſpuria libelli alternatiui.

§. I.

Maior numerus eſt eorum libellorum, de quibus dubitatur, vtrum *alternatiue* ſint neceſſario formandi? an vero *ſimpliciter?* et denique, vtrum, ſi alternatiue formati fuerint, *ſubſiſtere* queant, an vero reiici, vt *inepti*, debeant? Ratio horum dubiorum inde emerſit, quod naturam alternationis plerique non recte euoluerint, nec eas præcautiones, quas *cap. 1.* tradidi, ſedulo perpenderint animo, quibus tamen obſeruatis, dubia facile diſſolui queunt. *Cauſſa dubiorum circa libellos alternatiuos*

§. II. Vt itaque iuxta obſeruationes *cap.* 1. traditas procedam, §. XV. eius capitis dixi: non eſſe obligationem alternatiuam, quando non alterutrum, ſed vnum tantum principaliter eſt in obligatione ſeu debito, vtut ex lege ad aliud quid præſtandum *facultatem* habeat debitor: ad quod enim præſtandum reus ex legis diſpoſitione *facultatem* habet, nullam *obligationem* inducit, nec pars obligationis dici poteſt, cum facultas non neceſſitatem, ſed libertatem agendi denotet. Huc refero 1) caſum *læſionis vltra dimidium* in emtione ſimilibusque contractibus. Aiunt Imperatores in *l.* 2. *C. de reſc. vend. Rem maioris pretii, ſi tu, vel pater tuus, minoris diſtraxerit, humanum eſt, vt pretium te reſtituente emtoribus, fundum venundatum recipias auctoritate*

a) neglectus obſeruationis §. 15. cap. 1.

Huc pertinent exempla 1) actio ex l. 2. C. de reſc. vend. vbi

Redditio rei emtæ eſt in obligatione.

tate iudicis intercedente. Atque hoc ipſum tantum in obligatione ſeu debito emtoris eſſe videtur, qui non *alternatiue* ſed *ſimpliciter* tantum obligatus eſt. Poteſt tamen, ex legis diſpoſitione, ſe ab hoc debito liberare, ſi, quod deeſt iuſto pretio, ſoluat, quod patet ex verbis ſequentibus: *vel, ſi emtor elegerit*, h. e. voluerit, *quod deeſt iuſto pretio, recipias.* Hoc itaque debitoris ſeu emtoris facultati relictum, vt, ſoluendo, quod deeſt iuſto pretio, ſe liberare queat, quia, hoc facto, omnis venditoris querela, fundamentumque actionis ceſſat, quod in læſione vltra dimidium conſiſtit. Clarius idem evincitur ex *l.* 8. *C. eod.* vbi Imperatores præmittunt, *ad reſcindendam venditionem* non ſufficere, ſi actor alleget, quod paullo minore pretio fundum vendiderit; additur tamen limitatio: *niſi minus dimidia iuſti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet*, quæ exceptio docet, eo caſu recte agi poſſe ad reſcindendam venditionem, *electione tamen emtori præſtita ſeruanda*; quæ non obligationem alternatiuam inducit, ſed tantum prout dictum, innuit, eum ſe *poſſe* liberare a neceſſitate rem reſtituendi, ſi, quod deeſt iuſto pretio, ſupplere malit. Vtrumque autem non eſſe in obligatione, vel inde liquet, quod actor vnice ſe fundet in *læſione enormi*, adeoque, per indirectum, defectum conſenſus, h. e. exceptionem erroris, præcipitantiæ, et minus deliberati animi alleget, quæ ad contractum reſcindendum ſufficiens eſt, maxime qui bonæ fidei eſt. illuſtr. DN. COCCEII *Diſſ. de elect. rei conuent. ex enorm. læſ. ſect.* I. §. 6. GVTIEREZ *lib.* 2. *pract. quæſt.* 136. Deinde quando inquiritur, quo remedio læſi vti debeant? quanquam ex ipſo contractu ad eum reſoluendum agi poſſe videatur, eo quod reſciſſio contractus ob enormem læſionem *ſumma æquitate* innitatur, in actionibus bonæ fidei vero ad

Aſt ſolutio, quod deeſt iuſto pretio, in facultate emtoris.

Digitized by Google

ad id, quod *æquum* et bonum eſt, agi poſſit, *L.* 11. §. 1: *et* 5. *D. de act. emt. vend:* multi tamen ſentiunt, non tam *ordinarium* remedium competere, quam potius *extraordinarium reſtitutionis in integrum* ab imperatoribus indultum eſſe, quod primario in *læſione*, concurrente *æquitate*, ſe fundat. Vtrumque hic adeſt: legislatores enim *enormem læſionem* ſupponunt, quæ primario in *reſtitutione maiorum* occurrit; deinde deciſionem ſuam fundant in æquitate, dum aiunt, *humanum* eſſe, vt actori, reſciſſionem vrgenti, ſuccurratur; in reſtitutione autem non adeſt alternatiua obligatio. Ceterum ſi emtor ſupplet, quod deeſt iuſto pretio, *læſio* et *æquitas* ceſſat, et ita quoque reſtitutio in integrum actori amplius indulgeri nequit. B. STRYK. *in vſ. mod. ad tit. de reſt. in integr.* §. 2. PINELLVS *ad d. l. 2. p. 2. c.* 1. *n.* 26.

§. III. Neque hæc obſeruatio otioſa eſt, ſed ſuos habet inſignes effectus. Nam 1) inde fluit, libellum non alternatiue eſſe formandum, ſed *ad reſcindendum contractum* dirigendum, pro natura remedii, quod intentatur: quodſi tantum *ad ſupplementum iuſti pretii* ageretur, vitioſus foret libellus, quippe quod non eſt in *obligatione*, licet ſit in *facultate* debitoris. Quid ſi tamen alternatiue petitum ſit, daß der geſchloſſene Kauf zu reſcindiren, oder Beklagter den rechten Wehrt des Kauf-pretii ergäntzen müſſe, an libellus reiiciendus eſt? Ego id nullo modo exiſtimo. Nam 1) *cap.* 1. §. *f.* oſtendi, petitum libelli ita eſſe intelligendum, prout *ratio iuris* id poſtulat, adeoque petitum hoc non alternatiue, ſed hoc modo intelligendum, vt emtio reſcindatur, *niſi reus defectum iuſti pretii ſupplere malit.* Hanc interpretationem ſuggerit æquitas, licet *ſtricto iure* diuerſum videatur. 2) Tacite hoc petito alternatiuo expreſſum intelligitur, quod

Hinc 1) libellus alternatiue formandus non eſt.

Licet nec tanquam ineptus reiiciendus ſit.

quod in facultate rei poſitum eſt; neque verba tam amare et prout iacent, intelligenda, ſed eo, quo debebant proferri, ſenſu accipienda. 3) Accedit, quod plures alternatiuam obligationem hic ſubeſſe credant, exiſtimantes, de neceſſitate libellum alternatiue eſſe concipiendum, quod defendit LAVTERBACH. *ad tit. de reſc. vend.* §. 47. cum decretalium interpretibus, adeoque actor excuſandus videtur, qui tantorum ICtorum auctoritate ductus libellum alternatiue formauit, præſertim cum 4) in eiuſmodi *dubiis* iuris articulis pro aptitudine libelli pronunciandum ſit.

2) Condemnatio ſimpliciter ad reſtitutionem rei emtæ dirigenda.

§. IV. Deinde II) inde fluit, iudicem, probata læſione, reum condemnare debere ad *rem* reſtituendam: quod enim *principaliter* in lite eſt, ad id ſententia dirigenda, iam vero principaliter in hac actione id quæritur: vtrum læſus contra emtionem reſtitui debeat? quamuis iudex euentualiter adiicere poſſet, es wolte denn Beklagter den Mangel des rechten Werths des Kauf-pretii erſetzen, ſo iſt er alsdann bey dem geſchloſſenen Kauf zu ſchützen. Hic vero ALEXANDER III. Papa in alia omnia iuit *in c. 3. X. de emt. vendit.* errore communi antiquorum interpretum deceptus. Agebant Canonici contra Abbatem quendam, proponentes, quod in venditione ſiluæ cuiuſdam vltra dimidium læſi eſſent. Dederat Pontifex delegatos iudices, qui, probata læſione, pronunciarant, *venditionem non tenere*; appellatione ad ſedem Apoſtolicam facta et ſuſcepta, Pontifex, *habita, cum fratribus et aliis ſapientibus, qui legibus iurati iudicant, deliberatione, allegabat, eandem ſententiam iuri contrariam ſe intellexiſſe. Quia vero*, pergit, *in arbitrio emtoris eſt, ſi velit ſupplere iuſtum pretium, aut venditionem reſcindere, cum res minus dimidia iuſti pretii comparatur, ſententiam ipſam, tanquam iuri contrariam, irritantes, poſ-*

Notatur diſpoſitio iuris canonici.

ſe ſtio-

ſeſſionem monachis iudicauimus eſſe reddendam. Videtur Pontifici ex leguleiorum ſuggeſtione, ſententia optime lata, iuri contraria fuiſſe, ideo, quod *ſimpliciter* ad reſcindendum contractum directa fuerit, cum potius alternatiue ferenda fuiſſet. Non ergo mirandum, quod Canoniſtæ ad vnum omnes, quos BARBOSA, GONZALEZ, GRANNANIETO aliique ad h. t. conglomerant, aſſerant, libellum alternatiue eſſe concipiendum et ſententiam quoque alternatiue ferendam, præſertim cum INNOCENTIVS III. Pontifex *in c. 6. X. eod.* idem confirmaſſe videatur, ſententiam ferendo alternatiuam: *vt præfati ciues aut recepto pretio poſſeſſiones reſtituerent memoratas, aut ſupplerent, quantum conſtaret, legitimæ venditionis tempore, iuſto pretio defuiſſe.* Inſignis itaque hic difficultas naſcitur, an non in praxi ius Canonicum ſequendum ſit, quippe quod in decidendo vbique magnam auctoritatem accepit, maxime ſi ſententia iuris ciuilis dubia, iuris Canonici vero certa ſit. Ego vero, quamuis ſciam, in praxi multum auctoritati iuris Canonici tribuendum eſſe, non tamen adeo ſuperſtitioſus ſum, vt vbique eius auctoritati ſtandum eſſe crediderim. Diſtinguo potius, vtrum ius Canonicum ex ratione prætenſæ pietatis vel æquitatis *conſulto* a iure ciuili receſſerit, an vero *eius deciſa* ſequi intendat, ſed *ex errore* falſam deciſionem formet? Priori caſu ius Canonicum præferri ſolet in praxi ex rationibus, quas adduxi *in tract. de iure Eccleſ. Proteſtant. ad tit. de conſtitut.* qualis caſus tamen hic non adeſt. Poſteriori vero admodum dubito, vtrum erroneæ interpretationes iuris Canonici ſequendæ ſint, quia Pontifex noluit ius ciuile corrigere, ſed tantum ad caſus propoſitos applicare, quamuis in applicatione deceptus fuerit. Similes errores paſſim occurunt, inter quos quoque valde notabilis eſt caſus in

Cuius tamen auctoritas hoc caſu in praxi poſthabenda iuri ciuili.

c. 5. X. de teſtament. quo Pontifex reprobat legatum rei alienæ, ſed ius ciuile non intellexit, et erronee interpretatus eſt. Neque obſtat, quod eadem auctoritas iuri canonico tribuenda ſit in interpretatione iuris ciuilis, quam obtinet in correctione. Nam (1) quod correctiones in praxi magnam obtinuerint auctoritatem præ iure ciuili, peculiares ſunt rationes: (2) quando Pontifex in Decretalibus ad ius ciuile prouocat, illudque erronee applicat, non *interpretem*, ſed *iudicem* agere voluit, adeoque intentio eiuſdem videtur fuiſſe, non leges authentice interpretandi; quin potius *bona fide* credidit, ſe ſenſum iuris ciuilis in *applicatione* aſſecutum fuiſſe, quamuis bona fide deceptus fuerit. Denique (3) ius Canonicum in praxi proteſtantium cum grano ſalis accipiendum, nec abſolute et vbique ei inhærendum eſt.

3) Re apud emtorem peremta venditori læſo non competit querela L. 2. C.

§. V. Tandem (III) inde fluit (quod potiſſimum obſeruat DN. COCCEIVS *d. diſſ. ſect. 2. §. 5. ſqq.*) quod, re peremta apud emtorem, venditor læſus amplius agere nequeat, cum reſtitutioni nullus poſſit eſſe locus. Si alternatiua adeſſet obligatio, ſi pretii ſupplementum eſſet in obligatione, hoc peti poſſet, cum, alterutro ex alternatiuis peremto, id, quod supereſt, debeatur ſimpliciter, quod tamen hic dici nequit. Poſſem adhuc plures addere effectus, tum ratione fori, tum ratione emtoris læſi, cui SCHIFFORDECHERVS *ad Anton. Fabrum lib. 3. tr. 13. qu. 5.* remedium hoc denegat, quod tamen minime ei denegandum eſt, ex rationibus adductis, ſed vela contrahenda ſunt, ne meditatio nimis excreſcat.

(II) Actiones noxales

§. VI. Porro (II) huc refero actiones *noxales* vel ex *delicto priuato ſeruorum* competentes, vel ex *pauperie* manſuetarum beſtiarum. Has alternatiuas eſſe quidam cenſent, et ſic libel-

libellum quoque alternatiuum hic fingunt, BERLICH. *P. 1. concl. 12. n. 14.* MARTINI *ad Proc. Sax. tit. 5. §. 1. n. 89.* Sed iure prorſus repugnante. Nam (1) in *pr. I. de noxal. act.* diſertis verbis dicitur, quod his actionibus *domino damnato* PERMITTATVR, *aut litis æſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxæ dedere.* Damnatur ergo ſimpliciter ad litis æſtimationem, ſed poſt condemnationem *permittitur,* ſeu *facultatem* habet, ſe a litis æſtimatione liberandi per noxæ deditionem. (2) Euidentius hoc apparet ex *l. 6. §. 1. D. de re iud.* quæ deciſio obſeruationem §. 2. adductam perſpicue confirmat. Ait ICtus: *Decem aut noxæ dedere condemnatus iudicati in decem tenetur, facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accepit,* h. e. non obligatur ex cauſſa iudicati, niſi in decem, quod debitum tantum in obligatione eſt: noxæ deditio autem tantum ad facultatem rei ſpectat, cum ex diſpoſitione legis poſſit, ſi velit, ſe a præſtatione damni liberare deditione, adeoque nulla hic adeſt obligatio alternatiua, quod vt euidentius demonſtret, addit hanc diuerſitatem: *At is, qui ſtipulatus eſt, decem aut noxæ dedere, non poteſt decem petere, quia in ſtipulatione ſingula per ſe veniunt* (h. e. vtrumque æque principaliter in obligatione alternatiua eſt) *eaque ſingula ſeparatim ſtipulari poſſumus, at iudicium ſolius noxæ deditionis nullum eſt, ſed pecuniariam condemnationem ſequitur* (adeoque ſententia alternatiue non ferenda) *noxæ deditio in ſolutione eſt, quæ a lege tribuitur,* adeoque in obligatione haud eſt, ſed ad *beneficium* condemnati pertinet, ſi velit potius noxæ dedere ſeruum, quam iudicatum ſoluere. Re vera *beneficium* reo indulgeri, vel inde apparet, quod ſententia, quæ in rem iudicatam tranſiit, iuſtam debendi cauſſam conſtituat, et ſtricto iure a condemnato implenda ſit, a cuius implemento tamen per legis *beneficium*

libellum alternatiuum non admittunt;

 libe-

Legitime tamen interpretatus tolerandus.

liberatur. Proinde libellus alternatiue haud formandus, quamuis, ſi formatus fuerit, ex æqua interpretatione ſuſtineri debeat. (3) Huc quoque collineat *pr. I. ſi quadrup. paup. fec. dic.* vbi Imperator ita: *quæ animalia, ſi noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem a iudicato ſoluendo, quia ita Lex XII. tabularum ſcripta eſt*, ſeu, hoc beneficium, contra rigorem iuris, reo *condemnato* tributum eſt, vt exſecutionem declinare queat. Ex quo fluit, adhuc in *exſecutione* reo id beneficium prodeſſe, et electionem hanc ſaluam eſſe B. HERTIVS *cit. diſſ. ſect. 2. §. 8.*

(III) Actio hypothecaria contra tertium poſſeſſorem inſtituta

§. VII. Inſignem quoque vſum (III) hæc obſeruatio præbet in actione *hypothecaria* contra tertium poſſeſſorem inſtituenda. De hoc enim grauiſſime contenditur: vtrum alternatiue contra tertium inſtitui poſſit, daß Beklagter mir entweder das qu. Hauß abtreten, oder die darauf haftende Schuld der 3000. Rthlr. abtragen müſſe. Affirmant id ipſum quam plurimi, vt BERLICH. *p. 1. concl. 12. n. 12.* GAIL. *obſ. 62. n. 8.* NICOLAI *de proceſſ. c. 9. n. 22.* CARPZOV. *p. 1. c. 2. def. 9. n. 1.* MVSAEVS *de libello alternatiuo in actione hypothec. admittendo*, BERGER *in elect. diſcept. forenſ. tit. 5. obſ. 9. n. 1.* TITIVS *in iure priuato l. 12. c. 2. §. 12. ſqq.* Sed qui rigidiores ſunt, prorſus hoc negant, et talem libellum ex officio reiiciendum eſſe cenſent, vid. RIVINVS *in enunciat. iur. enunc. 33.* SCHVVENDENDORFFERVS *ad Fibigium p. 1. c. 2. n. 3. §. 8. lit. k.* IOH. FLORENS RIVINVS *diſſ. de libello in actione hypothecaria rite formando*, quam MVSAEI diſſertationi oppoſuit, immo ipſe BERGERVS *in elect. diſcep. for. 1777.* praxin contrariam agnoſcit, et, *fatendum eſt*, ait, *opinionem, qua libellus actionis hypothecariæ, tanquam ineptus, reiicitur, in foro, præſertim Saxonico Electorali, adeo inua-*

Digitized by Google

ualuiſſe, vt eidem fruſtra obnitaris: quamobrem nemini auctor ſum, vt ſententiam, quam ego tutatus ſum, ſequatur: quin omnes, qui concipiendis libellis operantur, ipſemet moneo ac cohortor, vt, ſepoſita tantiſper doctrina mea, ſtilo forenſi ſe accommodent, eumque diligentius attendant, ne, animaduerſo tandem vitio, quod vulgo ineſſe exiſtimatur, libellum, tanquam ineptum, reiici, atque adeo ea, quæ retro acta ſunt, irrita fieri, ſerò nimis ſentiant. Addit deinde exemplum, vbi poſt fata duorum annorum, libellus huiuſmodi reiectus eſt, qua de re inter alia litteris ad ſe datis ILLVSTREM STRYKIVM quondam conqueſtum eſſe addit. Interim, *clauſula ſalutari* adiecta, facilius ſuſtineri libellum talem aſſerunt, vid. B. STRYK. *in vſ. mod. tit. de diſtract. pign. §. 2. in f.*

§. VIII. Equidem, ſi ſecundum rigorem iuris iudicandum eſt, cogor in poſteriorem ſententiam ſecedere. Eſt actio hypothecaria mere realis et ad rem hypothecæ ſubiectam perſequendam tendit, adeoque petitum non aliter, ſecundum naturam huius actionis, quam hoc modo, formari poteſt, daß Beklagter das qu. und mir verſchriebene Unterpfand ſo lange einräumen müſſe, biß ich wegen meines Capitals, intereſſe und Unkoſten befriediget worden. Ad ſoluendum debitum poſſeſſor nullo modo obſtringitur, quia creditor cum eo haud contraxit, nec aliud fundamentum obligandi adduci poteſt. Vindicatio autem hypothecæ non poſſeſſorem obligat, ſed rem ſequitur, vt aiunt Impp. in *l. 2. C. ſi vnus ex plur. hered.* Diuerſa eſt ratio ipſius debitoris, hypothecam poſſidentis, vt et heredem debitoris, hypothecæ ſubiectas res diuiſim poſſidentium, qui conueniri poſſunt, *vt vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant*, vt dicitur, *in cit. l. 2.* Sed hæc alternatiue pe-

ſtricto quidem iure libellum alternatiuum reſpuit.

tendi ratio non proficiſcitur ex natura actionis hypothecariæ, ſed potius ex cumulatione huius cum perſonali ex debito, adeoque ad alternatiuas remediorum referri debet.

Quicquid diſſentientes obmoueant,

§. IX. Quæ in contrarium vrget MVSAEVS, huc fere redeunt, quod hypotheca nequeat concipi *ſine debito*, quod obligationem *perſonalem* ſemper præſupponat, quod eius ſolutionem eſſentialiter connotet, quod hypotheca ſit acceſſorium debiti principalis etc. Vera quidem hæc ſunt, ſed pro libello alternatiue formando non concludunt: hypotheca præſupponit debitum principale, ſed non ſemper in *poſſeſſore eius*, adeoque hic quoque ad debitum ſoluendum non obſtringitur. Ait quidem MARCIANVS *in l. 13. §. 4. D. de pignor.* quod *hypothecaria actio ſuas conditiones habeat, i. e. ſi ſoluta eſt pecunia aut ſatisfactum; quibus ceſſantibus teneat*, et in *l. 16. §. 3. eod.* Idem ICtus vlterius aſſerit: *ſi vero is, cum quo actum eſt, rem poſſideat, et aut pecuniam ſoluat, aut rem reſtituat, æque abſoluendus eſt. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio ſequitur*; verum nec inde libellus alternatiuus defenditur. Videlicet *perſecutio hypothecæ* eſt tantum in ipſa actione, eiusque fundamento, et ita ad hanc petitum libelli dirigendum: ſolutio autem debiti ad *facultatem*, tertio poſſeſſori a lege conceſſam, pertinet, vt hac facta, a perſecutione hypothecæ, et exſecutione ſe liberare queat. Poteſt, ſi vult, debitum ſoluere, ſed nullo iuris vinculo ad hoc adſtringitur: quod autem non eſt in obligatione, ad hoc *ſtricto iure* non eſt dirigenda concluſio libelli. Euidenter hoc conſtat ex *l. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* vbi PAVLVS ita cenſet: *Qui pignoris iure rem* ſimpliciter *perſequuntur a vendicatione rei eos remoueri ſolere, ſi qualiſcunque poſſeſſor offerre VELLET; neque enim debet quæri de iure poſſeſſoris, cum ius petitoris remoueatur, ſolu-*

ſoluto pignore. Remouetur itaque actor, qui ius ſuum in re perſequitur, exſecutionem vrget, iudicato inhæret, et præciſe hypothecam poſſidere intendit, ſoluto debito, quia ita omne eius ius ceſſat, et fundamentum agendi et exſequendi deficit. Quin adeo ad *facultatem* tertii poſſeſſoris hæc oblatio debiti ſpectat, vt poſſit cogere creditorem, vt ius nominis ei cedat. *l. 19. D. qui pot. in pign. hab.*

§. X. Interim quamuis de rigore iuris, quem cauſidici in foro Romano, formulis et carminibus antiquis addictiſſimo, ſequi tenebantur, hæc ſint veriſſima; alia tamen quæſtio eſt, *an libellus alternatiue formatus ea propter reiiciendus ſit?* Equidem cum in praxi quidam adeo ſuperſtitioſi ſint, vt etiam minutias in libello, iuſtitiæ adminiſtratione, quæ maturanda erat, poſtpoſita, obſeruandas eſſe cenſeant, conſultum eſt, vt iudex ſtatim ex officio talem libellum, antequam cum reo communicetur, et citatio decernatur, reiiciat, et conuenientiorem concluſionem iniungat, prout docui *in tr. de iur. Eccleſ. Proteſt. lib. 1. tit. 32. §. 36. in f.* Aſt ſi ſemel libellus admiſſus, ſi cauſſa inſtructa eſt, durum admodum eſt, talem libellum, ex præconcepta quadam opinione et ſubtilitatis amore, reiicere, qui tamen, prout in ante adductis exemplis oſtendi, ſana interpretatione ſaluari, et ad intellectum iuris reduci poteſt, hoc modo, *vt rem hypothecæ ſubiectam actori reſtituat, niſi beneficio offerendi debitum vti malit.* Neque enim alia intentio in petito actoris fuiſſe videtur, quam quæ iuri conueniens eſt. Hac interpretatione admiſſa, facile remouetur dubium, quando vrgent, præiudicium ingens poſſeſſoris verſari, admiſſo libello alternatiuo, quia *re exſtincta*, teneretur præciſe ad ſoluendum debitum. Verum hoc præiudicium tunc metuendum eſſet, ſi quis in-

Aſt ſana, ſecundum leges, interpretatione adbibita, reiiciendus non eſt.

Nec inde reo præiudicium metuendum.

intenderet, libellum hunc proprie alternatiuum et vtrumque in obligatione eſſe. Aſt, quia hoc negatur, et aſſeritur, verba non ſecundum eorum externam figuram, et prout iacent, h. e. alternatiue, eſſe intelligenda, ſed in *ſenſu iuris*, omne dubium ceſſat: Proinde cum in caſu, quem Pontifex *in c. 5. X. de pignor.* adducit, mulier, intuitu dotis, contra tertium poſſeſſorem bonorum mariti, hoc modo egiſſet, *vt æſtimatio dotis ſibi reſtitueretur, vel in poſſeſſiones, quæ mariti fuerant, induceretur,* petitio hæc haud fuit reiecta, aut inepta iudicata, quin potius deſuper in fauorem uxoris pronunciatum. Obſeruant id ipſum communiter interpretes *ad cit. tx.* et ideo hunc libellum admiſſum fuiſſe cenſent, quia vnum fuit in obligatione, et aliud in facultate, quo caſu alternatiuum libellum admitti poſſe docent, GRANNANIETTO *ad cit. c. 5. n. 5.* BARBOSA *ad d. text. n. 5.*

Sententia, quomodo a iudice concipienda.

§. XI. Quæ cum ita ſint, ad *officium iudicis* pertinet, in pronunciando ſequi iuris rationem, non vero externum verborum corticem, quem concluſio libelli præ ſe fert, quamuis euentualiter, quod ad *facultatem* rei ſpectat, addi vtiliter poſſet, vt de mente libelli conſtet: **Daß Beklagter, Einwendens ohnerachtet, das qu. Hauß Klägern einzuräumen ſchuldig, er wolte dann die darauf haftende Schuld der 2000. Rthlr. nebſt reſtirenden Zinſen freywillig bezahlen, ꝛc.** Directo ſane eum ad ſoluendum debitum condemnare nequit, et ſi hoc faceret, ſententia, meo iudicio, foret ipſo iure nulla. Equidem Pontifex in ſupra citato *cap. 5. X. de pignor.* huius obſeruationis rationem non habuit, ſed pro muliere, contra tertium poſſeſſorem *alternatiue* agente, pronunciauit, *reum mulieri ad reſtitutionem dotis eſſe condemnandum, quatenus de bonis fratris ſui noſcitur poſ-*

Digitized by Google

poſſidere. Sed *ſupra* iam obſeruaui, Pontificis deciſiones, ſi ad ius Ciuile et trutinam veritatis examinantur, multis ſcatere erroribus, quibus etiam accenſendum hoc ipſum exemplum eſſe credo, quod tertius poſſeſſor hypothecæ ad debitum ſoluendum condemnatus *directo* fuerit, quo nihil abſurdius fingi poteſt. Quod tantum eſt in facultate poſſeſſoris, ad hoc nullo iure condemnari poteſt.

§. XII. Atque hæc ſufficiant de prima obſeruatione. Aliam etiam *c.* 1. §. *XI. ſqq.* ſuppeditaui: *non confundendam eſſe obligationem alternatiuam cum ſubſidiaria;* quamuis enim vtrumque videatur in obligatione eſſe, non tamen æqualiter ſeu *æque principaliter* vtrumque eſt in obligatione, ſed alterum *principaliter* et præciſe, alterum vero *in ſubſidium*, ſi prius præſtari non poſſit ob moram, culpam, vel procaciam debitoris. Hic generaliter præmitto, libellum non neceſſario alternatiue formandum, ſed potius dirigendum ad id eſſe, quod *principaliter* eſt in nexu. Neque enim, quod in ſubſidium debetur, promiſſum eſt, et eius ratio tunc ſaltim habetur, ſi ex poſt facto appareat, id præſtari non poſſe, quod principaliter debetur. Neque vero dicendum, hoc, quod in *ſubſidium* debetur, ad *facultatem* debitoris pertinere, vt poſſit libere, ſi velit, illud eligere, nam hoc falſum eſſe *cit. loc.* ſatis ſuperque oſtendi, et exemplis declaraui, adeoque in hoc præſens obſeruatio a præcedente euidenter differt. Quid enim ſi quis ædes mihi vendidit, *facultatem* habet *intereſſe* mihi offerendi? Si hoc, rem præciſe petere non poſſum, ſed oblatione hac contentus eſſe cogor. Aſt hoc minime aſſerendum, cum intereſſe tantum debeatur eo caſu, quo res vendita ob culpam vel procaciam venditoris præſtari non poteſt.

b) Confuſio obligationis alternatiuæ et ſubſidiariæ.

Libellus alternatiuus itidem reiiciendus non eſt.

§. XIII. Interim, ſi actor etiam hiſce in caſibus *alternatiue* agit, libellus minime ineptus iudicandus, ſed rurſus iuxta ſenſum et mentem iuris accipiendus, vt concluſio libelli non tam pro *alternatiua*, quam potius *ſubſidiaria* habeatur, quod commode exprimi ſolet hac clauſula: Oder in Entſtehung deſſen, veluti ſi emtor actione emti ageret: Daß Beklagter mit das qu. Korn liefern, oder, in deſſen Entſtehung, das intereſſe præſtiren müße. De pœnali ſtipulatione idem dicendum eſſe *cap.* 1. §. *XII.* iam obſeruaui, quamuis enim BERGERVS *diſſ. de ſent. tac. altern.* §. 5. iudicet, quod pœna contractui adiecta ſemper *obligationem alternatiuam* producat, hoc tamen cum grano ſalis accipiendum, eo ſenſu, quo *improprie* hæ, quæ ſubſidiariæ ſunt, etiam *alternatiuæ* dici ſolent. Proinde pœnæ electio non ad *arbitrium debitoris* pertinet, ſed potius *creditoris*, in cuius fauorem eſt adiecta, ne probatione eius, quod intereſt, nimium prægrauetur, cuius determinationem conuentam continet. *l.* 68. *D. de Verb. obl.* immo *conditionate* ſolebat olim apponi: *ſi ita factum non erit l.* 71. *eod. ſi mihi pecuniam non credideris d. l.* 68. *eod ſi ſors ſoluta non eſſet l.* 5. §. 4. *eod.* quod autem in conditione poſitum eſt, non ſtatim *pure* debetur, vel æque principaliter, ſed tunc demum, ſi euentus ſecutus haud fuerit.

Notatur Bergerus, quod ſtipulationes pœnales pro alternatiuis habuerit.

Libellus hic admittitur, tam ſimplex ad rem principaliter debitam,

§. XIV. Vnde quatuor emergunt concluſiones, I) poſſe creditorem *ſimpliciter agere* ad id, *quod principaliter debetur*, præſtandum, veluti ad tranſactionem implendam, nec debitorem liberari, ſi offerre velit pœnam, quæ ad cautionem creditoris eſt adiecta, quatenus tamen id, quod principaliter debetur, adhuc a reo præſtari poteſt: 2) poſſe etiam debitorem *ſimpliciter* ad hoc *condemnari*, et, ſecundum iudicatum, exſecutionem fieri, veluti ſi pro implemento tranſactionis traditionem

Digitized by Google

nem ædium promiſiſſet, nec hanc exſecutionem impediri per oblationem pœnæ, quippe quæ non eſt in *facultate* debitoris, adeoque hanc ſententiam non poſſe dici *tacite alternatiuam.* 3) Poſſe etiam creditorem ſimpliciter *pœnam* perſequi, ſi contra principalem obligationem factum eſt, quia ſic conditio extitit, et pœna committitur. *l.* 5. §. 4. *l.* 38. §. 4. *et* 17. *D. de Verb. obl* denique 4) poſſe etiam alternatiue agi eo ſenſu, quem antea ſubieci, non quod ita electio reo libera tribuatur, ſed quod potius id exprimatur, quod in obligatione eſt. Iam autem pœna tantum *in ſubſidium* eſt in obligatione, ſi principali obligationi ſatis fieri amplius nequeat.

vel ad pœnam directur,

quam alternatius.

§. XV. Ex hoc quoque prono alueo illud fluit, in obligatione faciendi non eſſe neceſſario libellum alternatiue formandum, vt *aut factum, aut intereſſe* præſtet, quod ex iis, quæ *c.* 1. §. *XIII.* tradidi, euidens eſt. Præſtatio eius, quod intereſt, proprie haud referenda ad *facultatem* debitoris, ſed ſpectat ad id, quod in ſubſidium debetur. Proinde quæſtio enaſcitur, an, ſi iudex reum ad factum præſtandum condemnauit, mandatis pœnalibus eum conſtringere poſſit, vt iudicato ſatisfaciat, et, an, ſi non ſatisfecerit, pœnam exſequi poſſit, non obſtante, quod ad intereſſe ſeſe offerat? quod affirmandum cenſeo, quia aliud pro alio inuito creditori obtrudere haud poteſt debitor. Sed quia abſoluta compulſio hic deficit, quia præterea a regulis prudentiæ alienum eſt, aliquem inuitum ad faciendum compellere, tandem creditor cogitur loco eius, quod principaliter in obligatione eſt, id quod intereſt, accipere. Sed quid ſi alternatiue libellus formatus? ne ſic quidem reus liberam electionem haberet, quippe qui ſecundum naturam obligationis, in qua ſe fundat, intelligi debet.

In obligatione faciendi Libellus eſſe poteſt ſimplex

et alternatiuus.

Libellus alternatiuus itidem reiiciendus non eſt.

§. XIII. Interim, ſi actor etiam hiſce in caſibus *alternatiue* agit, libellus minime ineptus iudicandus, ſed rurſus iuxta ſenſum et mentem iuris accipiendus, vt concluſio libelli non tam pro *alternatiua*, quam potius *ſubſidiaria* habeatur, quod commode exprimi ſolet hac clauſula: Oder in Entſtehung deſſen, veluti ſi emtor actione emti ageret: Daß Beklagter mit das qu. Korn liefern, oder, in deſſen Entſtehung, das intereſſe præſtiren müße. De pœnali ſtipulatione idem dicendum eſſe *cap.* I. §. *XII*, iam obſeruaui, quamuis enim BERGERVS *diſſ. de ſent. tac. altern.* §. 5. iudicet, quod pœna contractui adiecta ſemper *obligationem alternatiuam* producat, hoc tamen cum grano ſalis accipiendum, eo ſenſu, quo *improprie* hæ, quæ ſubſidiariæ ſunt, etiam *alternatiuæ* dici ſolent. Proinde pœnæ electio non ad *arbitrium debitoris* pertinet, ſed potius *creditoris*, in cuius fauorem eſt adiecta, ne probatione eius, quod intereſt, nimium prægrauetur, cuius determinationem conuentam continet. *l.* 68. *D. de Verb. obl.* immo *conditionate* ſolebat olim apponi: *ſi ita factum non erit l.* 71. *eod. ſi mihi pecuniam non credideris d. l.* 68. *eod ſi ſors ſoluta non eſſet l.* 5. *§.* 4. *eod.* quod autem in conditione poſitum eſt, non ſtatim *pure* debetur, vel æque principaliter, ſed tunc demum, ſi euentus ſecutus haud fuerit.

Notatur Bergerus, quod ſtipulationes pœnales pro alternatiuis habuerit.

Libellus hic admittitur, tam ſimplex ad rem principaliter debitam,

§. XIV. Vnde quatuor emergunt concluſiones, I) poſſe creditorem *ſimpliciter agere* ad id, *quod principaliter debetur*, præſtandum, veluti ad tranſactionem implendam, nec debitorem liberari, ſi offerre velit pœnam, quæ ad cautionem creditoris eſt adiecta, quatenus tamen id, quod principaliter debetur, adhuc a reo præſtari poteſt: 2) poſſe etiam debitorem *ſimpliciter* ad hoc *condemnari*, et, ſecundum iudicatum, exſecutionem fieri, veluti ſi pro implemento tranſactionis traditionem

nem

Digitized by Google

nem ædium promiſiſſet, nec hanc exſecutionem impediri per oblationem pœnæ, quippe quæ non eſt in *facultate* debitoris, adeoque hanc ſententiam non poſſe dici *tacite alternatiuam.* 3) Poſſe etiam creditorem ſimpliciter *pœnam* perſequi, ſi contra principalem obligationem factum eſt, quia ſic conditio extitit, et pœna committitur. *l.* 5. §. 4. *l.* 38. §. 4. *et* 17. *D. de Verb. obl* denique 4) poſſe etiam alternatiue agi eo ſenſu, quem antea ſubieci, non quod ita electio reo libera tribuatur, ſed quod potius id exprimatur, quod in obligatione eſt. Iam autem pœna tantum *in ſubſidium* eſt in obligatione, ſi principali obligationi ſatis fieri amplius nequeat.

vel ad pœnam directus,

quam alternatiue.

§. XV. Ex hoc quoque prono alueo illud fluit, in obligatione faciendi non eſſe neceſſario libellum alternatiue formandum, vt *aut factum, aut intereſſe* præſtet, quod ex iis, quæ *c.* I. §. *XIII.* tradidi, euidens eſt. Præſtatio eius, quod intereſt, proprie haud referenda ad *facultatem* debitoris, ſed ſpectat ad id, quod in ſubſidium debetur. Proinde quæſtio enaſcitur, an, ſi iudex reum ad factum præſtandum condemnauit, mandatis pœnalibus eum conſtringere poſſit, vt iudicato ſatisfaciat, et, an, ſi non ſatisfecerit, pœnam exſequi poſſit, non obſtante, quod ad intereſſe ſeſe offerat? quod affirmandum cenſeo, quia aliud pro alio inuito creditori obtrudere haud poteſt debitor. Sed quia abſoluta compulſio hic deficit, quia præterea a regulis prudentiæ alienum eſt, aliquem inuitum ad faciendum compellere, tandem creditor cogitur loco eius, quod principaliter in obligatione eſt, id quod intereſt, accipere. Sed quid ſi alternatiue libellus formatus? ne ſic quidem reus liberam electionem haberet, quippe qui ſecundum naturam obligationis, in qua ſe fundat, intelligi debet.

In obligatione faciendi Libellus eſſe poteſt ſimplex

et alternatiuus.

Ex pactis reſolutiuis contractui adiectis agi poteſt ſimpliciter.

§. XVI. Simile iudicium formandum eſt de pactis *reſolutiuis*, quæ contractibus adiici ſolent, veluti vt, oblata meliori conditione, vel pretio ſua die non ſoluto, res ſit inemta. Exiſtente tali conditione creditoris ſeu venditoris eſt, an velit ab emtione recedere, an vero contractum initum ſeruare *L. 9. D. de addict. in diem L. 4. §. 2. de lege commiſſ.* neque poteſt *emtor* hoc caſu a contractu reſilire. Idem dicendum eſſe exiſtimo de caſu, ſi alicui prædium eſt *oppignoratum* pro certa pecuniæ quantitate, hoc pacto, vt, ſi debitor in termino non ſolueret, molendinum ea pecunia, quam mutuo dediſſet, creditor emtum haberet. Quodſi enim, veniente die ſolutionis, debitor ſoluere nollet, ſed molendinum creditori ex pacto cedere mallet, haud eſt audiendus, ſed creditor pecuniam *ex mutuo* recipere debet, quoniam illud pactum *in ſubſidium* ad cautionem creditoris adiectum eſt. MOLLERI. *ſemeſtr. 27.* conſ. RESP. ALTDORFF. *105. n. 5. ſqq.*

Cautionem a herede legatarii exigere poſſunt vel ſimplici libello,

§. XVI. Porro heres, qui ſub conditione, vel in diem legata ſoluere debet, *cautionem* eo nomine præſtare compellitur, atque hæc *principaliter* eſt in obligatione, et ita quoque hæc *ſimpliciter* a legatariis peti poteſt. *In ſubſidium* demum *miſſio in poſſeſſionem* decernitur, ſi heres contumax eſt: adeoque huius in petito libelli non eſt præciſe mentio facienda, quamuis fieri poſſit; quo ipſo euenit, vt petitum alternatiuum eſſe videatur. Hæc eſt ſententia *l. 1. §. 2. vt legat. ſeu fideicom.* vbi dicitur: *ſed aut ſatis dabitur ei, aut, ſi ſatis non datur, in poſſeſſionem bonorum Prætor venire voluit?* hæc propoſitio minime alternatiua, ſed *ſubſidiaria* dicenda, quod indicant verba, *aut, ſi ſatis non dabitur*, h. e. in caſu contumaciæ miſſio decernenda, quippe quæ eſt ordinarium contra contumaces cogendi medium.

non alternatiuo,

§. XVII.

§. XVII. Eadem obligatio eſt in *legato rei alienæ*, quam teſtator *alienam* eſſe ſciuit, quia heres principaliter obligatur ad eam redimendam, *vel, ſi eam non poteſt redimere*, ad æſtimationem eius ſoluendam, vt diſponitur in §. 4. *I. de legat.* In ſubſidium ergo debetur æſtimatio, *ſi heres eam redimere non poteſt*, id quod ante omnia tentare debet. Quare minime libellus ineptus dicendus, ſi *ſimpliciter* legatarius rem legatam petierit, ſicuti et ad hoc per ſententiam condemnari poteſt, quia illa principaliter in obligatione eſt: ſed etiam *alternatiue* formatus tolerandus, quia ea ſententia in petito expreſſa cenſetur, quæ legum menti conuenit.

Rei alienæ legatum perſequi poſſumus vel ſimpliciter, vel alternatiue.

§. XVIII. Denique obſeruaui etiam *cap. 1.* in praxi ex accidente libellum poſſe fieri alternatiuum ex *cumulatione remediorum*, quam alternationem a noſtro ſcopo alienam dixi. Status enim controuerſiæ *de libellis alternatiuis* potiſſimum huc rediit, an libellus alternatiuus *in ſimplicibus remediis* admittendus ſit? Quodſi namque duo remedia intentantur, illa vel *ad diuerſa* tendunt, et ſic vtrumque peti ſimul poteſt: vel *ad idem*, et quidem ex duplici fundamento, quo caſu alternatiue vtrumque fundamentum allegari ex iuſta cauſſa poteſt, quam *cit. l.* adduxi, quamuis alterutro idem obtinere intendamus. Hoc caſu alternatiua eſt petitio non intuitu *rerum*, ſed *remediorum*, quorum in progreſſu litis actor alterutrum tantum perſequi, et iudex ex alterutro reum condemnare poteſt. Quamuis itaque regula de ineptitudine libelli alternatiui vera eſſet, hi caſus tamen minime ad exceptionem referri poſſent, vtpote qui non ſunt de regula, quæ de remediis ſimplicibus intelligenda. Fruſtra ergo plerique, qui hanc regulam tradunt, tales exceptiones adducunt, quæ

c) Impertinens alternatiua remediorum immixtio.

 huc

huc ſpectant, vt vel tradita DOERINGII, BLASII ALTIMARI, BERLICHII et GAILII docent.

Alia exempla afferuntur,

§. XIX. Superſunt adhuc tres caſus celebriores, quibus vt plurimum libellum alternatiuum, qui ſimpliciter formandus eſſet, admittendum eſſe cenſent: 1) in *cauſſis mercatorum*, quippe in quibus apices iuris attendi non ſolent, CARPZOV. *P. 1. C. 2. Def. 10.* MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 21. n. 3.* 2) in cauſſa *ſpolii*, DOERING. *in biblioth. iur. ſub. voce alternatiua n. 207. lim. 25.* BERLICH. *P. 1. concl. 12. n. 24.* in qua itidem de plano proceditur. 3) Si *clauſula ſalutaris* adiecta, quæ id operatur, vt iudex id eligere queat, quod iuri conueniens eſt.

et examinantur.

Verum quod in prioribus duobus caſibus propter alternationem lis non adeo moueatur, vel hæc ratio eſſe poteſt, quia in his ſummarie proceditur, nec libellus ſolemnis deſideratur, proinde hoc ipſum non ad duas ſolummodo cauſſas reſtringendum, ſed generatim cauſſis ſummariis omnibus applicandum, in quibus qualiſcunque petitio ſufficit. *Clem. Sæpe. de Verb. Sign.* Vltimus caſus vero plane deſtruit regulam, quam alia de cauſſa iam deſtruximus, quia nullus fere hodie libellus iudici porrigitur, cui hæc deſit clauſula. Addunt adhuc alii duos caſus, ſi de *conſuetudine* alternatiuus libellus admittitur, vt et, ſi contra eum exceptio inepti libelli non fuerit oppoſita. Verum ſicuti de conſuetudine particulari hic non ſumus ſolliciti, cuius ſpeciales rationes eſſent diſcutiendæ, ita poſterior quoque caſus negligi debuit, quia iudex illum defectum ex officio, ſi vel maxime exceptio hæc a reo fuerit neglecta, quatenus incertitudinem indiſſolubilem inducit, attendere debet.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO XXVII.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XIV.

DE SVSPECTIS CONVENTIONVM FORMVLIS.

CAPVT I.

DE NATVRA CONVENTIONVM.

ARGVMENTVM.

§. I. Promittere et repromittere quid? II. Definitio pacti. III. Quid Vlpiano denotet? IV. Requirit conſenſum, V. eumque ſpontaneum: VI. VII. nec non intellectus vſum. VIII. Conſentiendi facultas vel phyſica eſt vel moralis. IX. X. Finis promiſſionum et pactorum. XI. Simulatio a pactis abeſſe debet; XII. XIII. aeque ac dolus, XIV. vis iniuſta; XV. metus; XVI. error. XVII. Pacta in fraudem legis inita non valent, XVIII. nec de rebus, priuato arbitrio exemtis, XIX. nec cum laeſione tertii coniuncta. XX Simulatum ne quidem vtroque conſentiente valet. XXI. Suſpiciones ſimulationum. XXII. Indicia ſuſpicionum. XXIII. Suſpecta conuentio quid? XXIV. Irritum eſt, quicquid in fraudem legis vel tertii fit. XXV. Nexus cum cap. ſeq.

§. I.

Quicunque ſe offert atque aſſerit, velle ſe alteri aliquid præſtare, vel eius intuitu aliquid omittere, ſtricte dicitur *promittere* a). Quodſi ille, cui hoc modo *Quis promittere,*

a) *L. 19. §. 1. D. de aedil. edict. L. 1. §. 4. D. de conſtit. pecun. L. 132.*

modo aliquid promiſſum eſt, iterum aſſerat, ſe promittenti quoddam præſtare, vel eius reſpectu aliquid omittere velle, *repromittere* audit b).

quis repromittere dicatur?

§. II. Hæ promiſſiones vt valeant, vtraque pars in illas conſentire debet, quod vulgo *acceptationem* vocant: *Promiſſiones vtrinque acceptatæ* dicuntur *pacta* ſeu *conuentiones*.

Definitio pacti.

§. III. Huic definitioni congruit illa, quam tradit VLPIANVS in *l. 1. §. 2. ff. de pact.* vbi dicitur, quod *pactum ſit duorum pluriumue in idem placitum conſenſus* c).

Eiuſdem definitio Vlpiani.

§. IV. Quemadmodum promiſſiones vtrinque acceptari debent (§. II.), facile liquet, *declarationem voluntatis de re promiſſa ſeruanda* accedere debere. Hæc declaratio voluntatis vocatur *conſenſus*.

Ad paciſcendum requiritur conſenſus,

§. V. Ille, qui alteri aliquid promittit vel repromittit, (§. I.) alteri vult prodeſſe, eique *ius perfectum* ex illo pacto acquirere. Qui alteri vult eſſe adiumento, eundem virium atque facultatum ſuarum vult reddere participem. Hoc vero in ſe eſt *officium minus perfectum* ſeu *humanitatis*. Ad officia imperfecta nemo cogi poteſt, per conſequens aliud accedere debet vin-

isque ſpontaneus.

de V. Obl. Inde *dotem promittere* dicitur, qui aſſerit, ſe dotem daturum puellæ, *L. 41. pr. §. 3. 4. D. de iur. dot.*

b) In ſponſalibus, in quibus vtrinque fides coniugalis futura promittitur, vtrumque occurrit, tum *mentio* ſeu *promiſſio* tum *repromiſſio*; *L. 1. D. de Sponſal.* quia appellatio μνηστείας *promiſſionis* nomen eſt. Conf. KÖHLER *in iur. nat. ex. 6. §. 1244. ſqq.*

c) Quæ olim per modum pacti in conuentibus publicis conſtituta ſunt, ea de cauſſa *placita* vocata ſunt, vt plenius illuſtrat DV FRESNE in *gloſſar. voc. placitum.* Idem præterea docet, *placitum* quodlibet *pactum*, et *placitare* deſignaſſe *paciſci*. Etiam de iis, qui paciſcuntur inter ſe, formula forenſis: *placuit*, olim apud Romanos vſitata fuit, *L. 52. §. 1. D. de pact.* quod pactum *in communi placito de præſtationibus* conſiſteret. Conf. *L. 69. §. 7. de iur. dot. L. 1. §. 3. de pign. et hypoth.* ibi: *pacto placuit*, *vt etc. L. 30. D. de pact. dotal.*

vinculum, atque *conſenſus*, qui ad mutuas promiſſiones requiritur, (§. IV.) *ſpontaneus* ſit neceſſe eſt.

Nec non voluntas atque intellectus.

§. VI. Conſenſus eſt *declaratio voluntatis* (§. IV.). Voluntatem autem præcedere debent *repræſentationes intellectus*; nihil enim in voluntate eſt, quod non antea fuit in intellectu d). Paciſcentes igitur *intellectus* nec non *voluntatis* vſu gaudeant oportet.

Qui non conſentire, illi nec paciſci poſſunt.

§. VII. Ad pactorum validitatem requiritur *conſenſus* (§. IV.). Illi igitur, qui deſtituuntur facultate conſentiendi, deſtituuntur quoque facultate ineundi conuentiones.

Conſenſus ſumitur vel in ſenſu phyſico vel morali.

§. VIII. Datur vero facultas conſentiendi alia *phyſica* alia *moralis*. Illa deprehenditur in eo, qui *intellectus* atque *voluntatis* viribus (§. VI.) ſufficientibus præditus eſt; hæc vero in illo, cui lex vel conſuetudo facultatem hanc conſentiendi ex iuſta cauſſa haud ademit e). In quocunque ergo facultas conſentiendi *phyſica* vel *moralis* abeſt, ille etiam paciſci nequit.

Finis promiſſionum aliorum felicitas.

§. IX. Mutuæ promiſſiones eo tendunt, vt alter inde auxilium atque commodum percipiat (§. V.). Qui alteri præſto atque auxilio eſt, eius ſtatum efficit meliorem f), qui alterius ſtatum reddit meliorem, eiuſdem quoque promouet felicitatem.

Felicitas aliorum etiam finis pactorum.

§. X. Pacta atque conuentiones ſunt mutuæ promiſſiones (§. II.). Quodcunque ergo (§. *præc.*) de *mutuis promiſſionibus* dictum

d) Qui ergo *intelligere* non poteſt, quod agit, eius nulla voluntas eſſe dicitur, *l.* 5. *l.* 40. *D. de R. I.* nec conſenſus, *l. 2. C. de contr. emt. vend.* Inde in *l.* 8. §. 2. *D. de opt. leg. non videtur conſentire, qui ſentire* h. e. intelligere *non poteſt.*

e) Velle hoc ſenſu non creditur, *qui paret imperio patris vel domini*, *l.* 4. *D. de R. I.* et eius, cui bonis interdictum, *nulla voluntas* eſſe cenſetur. *l.* 40. *ff. de R. I.*

f) Quocirca pacta, vnde nulla in alterum redundat vtilitas, nullius momenti ſunt, quia agenti ex tali pacto obſtat exceptio: *tua non intereſt*, *l.* 61. *D. de pact.* ANTON. FABER *in ration. ad c. l.*

dictum eſt, idem ad *pacta* extendendum, ideoque horum finis eſt, vt aliorum commodum atque felicitas promoueatur, et illis ius perfectum (§. V.) acquiratur, ſiue immediate, ſiue mediate per alium g).

Simulatio atque diſſimulatio a pactis abſint neceſſe eſt.

§. XI. Hic finis in pactis atque conuentionibus obtineri haud poteſt, niſi omnes actus *callide ſimulati* atque *diſſimulati* remoueantur h). Hi enim ſunt *fictitiæ bonorum vel malorum repræſentationes alteri factæ;* fingitur enim aliquid, quod re vera non eſt, nec exiſtit i).

Item dolus.

§. XII. Quodſi quis ſub fictitiis bonorum vel malorum repræſentationibus alterum ad contrahendum inducit, (§. XI.) doloſe agere dicitur k). Etenim DOLVS nihil aliud eſt, quam *actus, ab vna parte ſimulatus:* eodemque reſpexit ICtus aiens l): *dolum malum fieri calliditate et fallacia, et, vt ait Pedius: dolo malo pactum fit, quoties circumſcribendi alterius cauſſa aliud agitur, et aliud agi ſimulatur,* ſeu fingitur per falſam rei repræſentationem.

§. XIII. Actus a parte promittentis *ſimulati* atque *diſſimulati,* ignorante altero m), a conuentionibus remouendi ſunt (§.

g) Vt plenius declaratum eſt in *exercit.* ſequ. *de iur. ex pacto tertii quæſito.*

h) *l.* 54. *D. de obl. et action.* ibi: *fides facti ſimulatur non intercedente veritate;* adeſt enim in *ſimulatione* falſitas, qua veritas tegitur.

i) Adeoque quod ſimulatum, vinculum iuris habere nequit, *l.* 55. *D. de contr. emt. vend. l.* 12. *pr. D. de aqu. et aqu. pluu. arc. l.* 30. *D. de rit. nupt.*

k) Exemplum elegans eſt apud CICERONEM *lib.* 3. *offic. c.* 14. de CANIO equite Romano, qui ſæpius dixerat, ſe hortulos emere velle, quo inuitare amicos, et vbi oblectare poſſet. Qua arte vero PYTHIVS callide eum ad emendum induxerit, ibidem plene refertur, ſimulque oſtenditur, ſub ficta rei gratæ repræſentatione eum ad emendum inductum et deceptum fuiſſe. l) *in l.* 7. §. 9. *D. de pact. l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo.*

m) Per callidam occultationem, ſeu vbi promittens celat *qualitatem* rei pro-

(§. XI.). Cum vero dolus eiuſmodi actus ſit (§. XII): dolum quoque a conuentionibus abeſſe oportet. Hæc æquitas, iure naturali probata, mouit olim prætorem, vt dolo malo deceptis beneficium reſtitutionis in integrum olim in negotiis ſtricti iuris indulgeret. Conf. *tot. tit. ff. de dolo malo.*

§. XIV. Omnes conuentiones accedente vtriuſque paciſcentis conſenſu, eoque *ſpontaneo* ineundæ ſunt. (§. V.). Quodſi vero alteruter paciſcentium, *vi iniuſta* accedente, conſenſum ſuum interpoſuerit, non ſponte, ſed coacte hoc factum eſt; vis enim *eſt maioris rei impetus, qui repelli non poteſt* n), igitur talis conſenſus non valet o). ***Vis iniuſta.***

§. XV. Ex eodem principio, quod ſpontaneus eſſe debeat conſenſus, ſequitur, metum vi iniuſta illatum hunc conſenſum impedire atque tollere; nam METVS eſt *mentis trepidatio ſeu tædium, quod oritur ob inſtans vel futurum periculum* p). Quicunque igitur metus intuitu conſentit, non ſponte, ſed coacte conſentit, nec conſentire videtur. ***Metus.***

§. XVI. ERROR eſt *confuſio iudiciorum verorum cum falſis.* Hunc omnibus obſtare conuentionibus, facile liquet. Quia enim conſenſus requiritur (§. IV.), errans vero falſum pro vero, et hoc pro falſo habet, errans conſentire non dicendus eſt q). Hoc vero non ita ſtricte accipiendum eſt, ſed videndum, vtrum ***Error.***

 erra-

promiſſæ, quam indicare debebat, id quod ſit, tum, ſi non admonuit, tum etiam, ſi eam negauit rei adeſſe. *l. 1. §. 1. ff. de act. emt. et vend.* Dixi vero, *ignorante altero*, cui ſit promiſſio, *quia non videtur celatus, qui ſcit, neque certiorari debuit, qui non ignorauit. c. l. in f. l. 43. §. 1. ff. de contr. emt. vend.*

n) *l. 2. D. quod met. cauſſa.*

o) *Nihil conſenſui tam contrarium eſſe dicitur, quam vis et metus, quem comprobare contra bonos mores eſt, l.* 116. *de R. I.* quia vis *voluntati contraria eſt l. 1. D. quod met. cauſſa.*

p) *l. 1. et l. 9. pr. D. quod met. cauſſa.*

q) *Quid tam contrarium conſenſui quam error, qui imperitiam detegit, ait ICtus in l. 15. D. de iuriſdict.*

errauerit vterque paciſcentium ratione eius, quod *ſubſtantiam negotii* reſpicit, ſeu, de quo *primario* pactum initum, quo caſu nihil actum r). Quodſi vero error concernit tantum pacti *accidentia*, non reſcinditur, ſed valet pactum s). Denique ſi vnus tantum errauit, ipſi hoc mputandum, cum ſola ipſius culpa hic verſetur, quod clarius non fuerit locutus t). Hoc tamen locum non inuenit, ſi alter paciſcentium errorem ſciuerit, quia alias doloſe actum eſſet (§. XII.).

In fraudem legum quid fieri dicatur?

§. XVII. Qui ſaluis legum verbis earundem ſententiam circumuenit, aliud agere ſimulat atque fingit u), atque *in fraudem legum* aliquid facere dicitur x). Ille autem, qui aliud agit, et tamen aliud agere ſimulat, doloſe agit, (§. XII.) adeoque, qui *in fraudem legis aliquid* committit, *doloſe* hoc facit. Dolus vero ab omnibus contractibus eſt remouendus (§. XIII.), per conſequens nihil contra legum vim atque tenorem facere permiſſum eſt.

De rebus priuati arbitrii tantum paciſci licet.

§. XVIII. Quia per pactum alteri quid præſtandum, ex quo in alterum vtilitas atque commodum redundat, (§. V.) palam eſt, id tantum promitti poſſe, quod intra vires noſtras poſitum, et *priuati arbitrii* eſt; quæ ergo cauſſa priuato noſtro arbitrio exemta eſt per legis prohibitionem (§. VIII.) illius promiſſio nullius momenti cenſenda; quod enim contra leges eſt, nec facere nos poſſe credendum y).

Conuentio non debet lædere ius tertii.

§. XIX. Tandem conuentio, quæ in fraudem atque præiudicium aliorum tendit, quibus ius perfectum quæſitum, (§. V.) nul-

r) *l.* 51. *de pact. l.* 11. *et* 44. §. 1. *D. de contr. emt. vend. l.* 57. *D. de obl. et act.* s) *l.* 9. §. 1. *et* 2. *l.* 11. §. 1. *l.* 34. *pr. D. de contr. emt. vend.* t) Conf. *exercit. XXXI. de interpret. fac. aduerſus eum, qui clar. loqui deb.* u) Conf. MANTICA *de tac. et ambig. conuent. lib. XIII. tit.* 35. *n.* 2. x) *l.* 29. *D. de LL. l.* 5. *C. eod.* y) *l.* 15. *D. de condit. inſtitut.*

nullius eſt valoris, quacunque arte, et quibuſcunque prætextibus occultata ſit. Neque enim dumtaxat contra leges faciunt, qui aperte contra illas agunt, ſed etiam, qui id, quod vere fit, occultant, et aliud ſe agere ſimulant. (§. XVII.)

§. XX. Simulatio ab omni conuentione abſit oportet, (§. XI. XII.) cuius conſequens eſt, vt *ſimulatio*, ne quidem mutua paciſcentium voluntate ſuſcepta, vires habeat, tum intuitu *tertii*, in cuius præiudicium actus geſtus, tum reſpectu *legis*, quæ illum prohibuit. *Simulatus actus ne quidem vtroque conſentiente valet.*

§. XXI. Id vero, quod *occulte* fit, et *variis prætextibus* tegitur, non cognoſcitur certo et aperte, nec palam intelligitur, ſed dubitanter et incerta rationum ſubductione de eo iudicatur ex concurrentibus variis indiciis et ſignis, quæ *ſuſpicionem* quandam operantur, rem aliter geſtam fuiſſe, quam eo, quem externe præ ſe fert, modo. *Quod occulte fit, non ſtatim liquet.* Quid enim aliud eſt SVSPICIO quam *incerta argumentatio, ex quibuſdam ſignis proueniens, cum inclinatione iudicii in ſequiorem partem.* z) Vacillat enim iudicium, hæſitatque in *ſuſpicione* propter defectum certitudinis rei, in ſuſpicionem deductæ. Talis vacillatio naſcitur ex quibuſdam ſignis, quæ probabilem ingenerant opinionem, paciſcentes in *fraudem legis* (§. XVII.) vel *præiudicium tertii* (§. XIX.) ſimulaſſe, et falſum pro vero contractu publice propoſuiſſe, vnde inclinat hoc iudicium in ſequiorem partem. *Suſpicio definitur.*

§. XXII. Quemadmodum ſuſpicio naſcitur ex actibus occulte et per ſimulationem geſtis, (§. XXI.) hæc vero ex variis ſignis colligitur: conſequens eſt, talia ſigna hic afferenda eſſe, quæ probabiliter indicant, rem aliter in *fraudem legis* (§. XVII.) vel *Ad ſuſpicionem detegendam requiruntur indicia probabilia.*

 vel

z) Conf. diſſ. de *crimine ſuſpecti* et STRYK. in diſſ. *de ſuſpicione cap. I. n. 13. ſeq.*

vel *tertii* (§. XIX.) geſtam fuiſſe, quæ potiſſimum ex locis topicis deſumenda ſunt. a) Leuiſſima ſigna merito reſpuenda, quæ probabilitatem, rationi conformem, nullam operantur.

Definitur ſuſpecta conuentio.

§. XXIII. Eſt igitur SVSPECTA CONVENTIO, *quæ ex ſignis probabilibus per ſimulationem inita creditur, in fraudem legis vel tertii*, quo id, quod inique et nulliter factum, tegatur, ſubſtituto per calliditatem tali modo, quo negotium ſubſiſtere poſſe, externa facie arbitrabatur.

Quod in fraudem legis vel tertii fit, reuocandum.

§. XXIV. Id vero, quod *in fraudem tertii* vel *legis* fit, *dolo malo* fieri cenſetur, (§. XVII. et XIX.) b) ideoque ſubſiſtere nequit, ſed merito reuocandum; c) ſi vel maxime vnius contrahentis dolo tantum factum eſt, d) quia quæ contra leges ſuſcepta ſunt, pro nullis declaranda, e) nec alter alterius facto lædi debet.

Connexio cum capite ſeq.

§. XXV. Species harum conuentionum de fraude ſuſpectarum infinitæ ſunt, prout hominum ingenia ad fallendum aptiſſima. Talis fucus ſub variis *conuentionum formulis* tegi et occultari ſolet, quæ tamen de falſo ſuſpectæ ſunt. Intereſt vero, re in iudicium deducta, vt fallacia commiſſa detegatur, et ſuum cuique tribuatur, adeoque *capite ſequenti* ſpecies primarias

a) In *fraudem patroni* a liberto multa fieri poſſunt, quo hic illum parte legitima hereditatis per indirectum priuet, quod deſignat *tit. D. ſi quid in fraud. patr. factum*. Quodſi enim prædium magni pretii in alterum transferre conſtitueret in fraudem patroni ad diminuendum patrimonium, nonnunquam per ſimulationem et colluſionem litem fingebat, vt in ea ab altero ſciens volensque vinceretur, vtpote, ſi data opera condemnatur; ſi confeſſus eſt in iure, oppoſita quidem exceptione, cuius probationis tamen diem paſſus eſt abire, *l.* 1. §. 7. *D. ſi quid in fraud. patron.* et quamuis appellationem interpoſuit, eam tamen deſeruit, et paſſus eſt, ſententiam in rem iudicatam tranſire. Alia plura exempla ſuſpecti eiuſmodi negotii, in fraudem patroni geſti, in *cit. tit.* paſſim afferuntur, quod merito, dolo probato, reuocandum.

b) *l.* 1. *pr. D. ſi quid in fraud. patr.* c) *l.* 1. §. 3. *eod.* d) *l.* 1. §. 4. *eod.* e) *l.* 5. *C. de Legibus.*

Digitized by Google

rias conuentionum et formularum ſuſpectarum ſiſtam, variasque contrahentium artes, quibus fraudem tegere ſolent, exhibebo, atque quibus ex ſignis ſuſpicio probabilis (§. XXII. XXIII.) colligi queat, declarabo. His enim probatis facile iudicari poteſt, quæ partes hac in re iudicis eſſe debeant.

CAPVT II.

DE SVSPECTIS CONVENTIONVM FORMVLIS.

ARGVMENTVM.

§. XXVI. Fraudes mortalium circa pacta. XXVII. Suſpicio fraudis ex iuramento, pacto inualido adiecto. XXVIII. Suſpecta iurata conuentio cum prodigo. XXIX. Suſpecta alienatio fundi dotalis, iuramento vxoris firmata. XXX. Suſpecta iurata renunciatio SCti Macedoniani. XXXI. Quando mutuum aliarum rerum extra pecuniam ſuſpectum ſit. XXXII. Suſpectæ conuentiones ad tegendam vſurariam prauitatem: XXXIII. a) ſi maior ſors mutuo data fingitur: XXXIV. b) ſi vſuræ in anteceſſum ſoluuntur: XXXV. c) ſi id, quod intereſt, limites vſurarum excedit, et ſimilia; XXXVI. d) ſi creditor debitori merces carius vendit. XXXVII. XXXVIII. Quando pactum de retrouendendo ſuſpectum ſit? XXXIX. Venditio fructuum in herbis ſuſpecta. XL. XLI. Exempla emtionum ſuſpectarum. XLII. Quando dotis augmentum ſuſpectum ſit? XLIII. Fraudes ad tegendam inualidam donationem inter virum et coniugem. XLIV. Quando fideicommiſſaria heredis inſtitutio, XLV. et alienatio fideicommiſſorum ſuſpecta? XLVI. de ſuſpecta pignoris remiſſione. XLVII. Suſpecta alienatione criminis læſæ maieſtatis rei. XLVIII - LI. De fraudibus aduerſus Legem Anaſtaſianam. LII. Quando pactum de non præſtanda euictione ſuſpectum ſit? LIII. Ceſſio nominis a Iudæo facta ſuſpecta. LIV. LV. Fraudes circa conuentionem de pecunia, luſu perdita. LVI. Exempla aliarum conuentionum ſuſpectarum.

§. XXVI.

§. XXVI.

In multis pactis diſſimulata fraus latet.

Omnes omnino leges eo tendere, vt ſalus in republ. atque felicitas conſeruetur, nemo eſt, qui inficias ibit. Vt eo certius leges obſeruentur, variæ pœnæ in tranſgreſſores earundem ſtatutæ ſunt. Eandem ob rationem certus modus, legibus determinatus, paciſcentibus præſcriptus eſt, intra quem pacta inire debeant, ne alter alterum decipiat lædatque, ad quod hominum animi valde proni ſunt (§. XXV.) Dolendum enim omnino, effatum CICERONIS *in Orat. pro Roſcio* hic etiam applicandum eſſe: *quod nihil tam ſanctum ſit, quod non aliquando violet audacia:* id confirmat quotidiana experientia, monſtratque, quam plurimas conuentiones in fraudem *legum aliorumque* iniri, ita callide tamen, occultisque vt plurimum artibus, vt non omnium confeſtim oculis occurrant, ſed aſtute occultentur, et prætextu iuris incruſtentur. Sacerdotis iuſtitiæ vero eſt, veram, non ſimulatam, philoſophiam affectare, nec ciuilem ſcientiam, quæ *ſanctiſſima* eſt, ſimulatione et callidis conſiliis dehoneſtare. Sicuti enim *nomen philoſophiæ illuſtriſſimum in hominibus deterrimis exſordeſcit*, vt MVSONIVS olim cenſuit, teſte GELLIO de *N. A. lib. IX. c.* 2. ita nomen Iuriſconſulti ſanctiſſimum ſæpe etiam vſurpant animalia forenſia ſpurca atque probroſa, vt rurſus cum MVSONIO loquar, qui non veram, ſed ſimulatam, in forum afferunt philoſophiam, qua ſub ſpecie veri et iuſti conſilia, verſute excogitata, quibus alii decipiuntur, ſuggerunt, docentque cum aliis contrahentes, ſub ficto legum præſidio delinquere, et in aliorum captionem detorquere ſapientiam ciuilem. Hæc purgatum ab inſidiis tectis animum, integritatem vitæ, et conſtantem ſinceramque voluntatem, ius ſuum cuique tribuendi amat et deſiderat, adeo

vt

vt ſi in hominem falſum atque degenerem, tanquam in vas ſpurcum atque pollutum influxerit, vertatur, mutetur, corrumpatur. Ex horum *philoſophia ſimulata*, tanquam ex equo Troiano, prodierunt tales ſuſpectæ conuentionum formulæ et artes, alios fruſtrandi, et in fraudem legum committendi, quarum potiora exempla exponere animus eſt.

§. XXVII. Ad eiuſmodi conuentiones, *ſuſpicione* hac laborantes, merito primo loco referri poteſt, ſi pacto alias inualido vel dubii valoris adiicitur *iuramentum*. Ita enim conuentionem alias inualidam conualidari atque confirmari prorſus arbitrantur; qua de cauſſa hanc cautelam *de iuramenti adiectione* negotiis grauioris momenti admodum laudant, commendant atque extollunt ICti plurimi. Eterim de *iure canonico*, quod moribus plus iuſto ſequimur, affirmandum videtur, omnia iuramenta ſeruari deberi, quæ ſine diſpendio animæ ſeruari poſſunt, immo iurantem ad hoc compellendum eſſe. f) Verum hanc regulam non intelligendam eſſe de iuramentis, quæ ad leges *circumueniendas* interponuntur, patet ex *l. 7. §. 16. D. de pact.* quod alias iuramentum facillimum poſſit præbere medium, *leges euertendi*, conculcandi, et, vt infirma earum eſſet obſeruantia, efficiendi. Negotium enim aut *bona fide* et ſecundum leges initum, quo caſu iuramentum plane ſuperfluum, immo a ſeruatoris doctrina alienum, aut *vitio* quodam laborat, quo caſu iuramento magnam vim attribuunt, illudque vt *ſingularem cautelam* commendant, quo promittentem ad ſeruandum per indirectum conſtringant. Vt plurimum vero ſuſpicio probabilis (§. XXII.) inde naſcitur, vitium contractui ineſſe,

Suſpectionis indicium, ſi pacto inualido adiicitur iuramentum.

Aliter ſentit ius canon.

ſed non recte.

f) *c. 28. X. de iureiur. c. 2. de pact. in 6. c. 2. de iureiur. in 6.* Vnde in primis B. STRYKIVS *de caut. contr.* per modum *conſilii* contractibus iuramenta addenda eſſe paſſim ſuggerit et inculcat.

illumque *alterius* circumueniendi cauſſa (§. XIX.) vel in fraudem *legis* (§. XVII.) tecte initum.

Iuramentum conuentionem cum prodigo initam reddit ſuſpectam.

§. XXVIII. Hanc ſuſpectam iuramenti clauſulam deprehendimus in conuentione, quæ cum *prodigo, ciuiliter tali,* ſimiliue inhabili ad contrahendum initur. Notum eſt, cum prodigo nullam conuentionem ſine curatoris vel magiſtratus auctoritate interpoſita valere, g) cum ei deſit *facultas conſentiendi moralis.* (§. VIII.) Quoniam itaque hæc conuentio de iure haud valet, cuius tamen valorem is, qui hoc iuramentum exigit, intendit *in fraudem legis,* (§. XVII.) reperta eſt cautela, vt prodigus conuentionem iuramento, a ſe præſtito, confirmet: ita enim contractum nullo modo poſſe infringi cenſent. h) Verum iuramentum non debet iniri contra leges; et licet Imperator in *Authent. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vend.* contractus *minorum* atque *puberum* iureiurando confirmari aſſerat; hoc tamen ad *prodigos* non eſt extendendum, cum prodigus hic non conſideretur vt minor aut pubes, (poteſt enim et maiorennis prodigus eſſe) ſed vt *prodigus*, per decretum iudiciale talis declaratus, cui facultas contrahendi prorſus ademta et prohibita, non æque *minoribus*, quamuis reſtitutione in integrum gaudeant. i) Qui igitur prodigum ad iurandum inducit, in fraudem legum hoc facit. k) (§. XVII.) Immo, qui cum minore agit, eumque iureiurando obſtringit ad fidem datam ſeruandam, efficit quidem, vt negotium valeat, *ſuſpicionem læſionis* tamen non remouet, quod minorem deceperit. Quodſi enim *bona fide* cum minore acturus eum lædere non intendiſſet; iuramentum haud appoſuiſſet, (§. XXVII.) cum ceſſante læſione, reſtitutionis auxilium ei dene-

Prodigus hic non conſideratur vt minor vel pubes, ſed vt prodigus.

g) *l.* 12. §. 2. *de tut. et cur. dat. l.* 40. *de R. I. et l.* 18. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* h) ob *c.* 28. *X. de iureiur.* et *Auth. Sacramenta puberum C. ſi adu. vendit.* i) *l.* 40. *D. de R. I. l.* 6. *D. de V. O.* k) *l.* 5. *C. de LL.*

Digitized by Google

negetur, nec id metuendum eſſet. Ex *ſuſpicione læſionis* autem naſcitur *ſuſpicio doli*, quæ efficit, vt ne quidem prorſus repelli poſſit minor, cui non denegatur reſtitutio ex cauſſis, quæ *maioribus* eam concedunt.

Prohibita eſt fundi dotalis alienatio.

§. XXIX. Omnis conſenſus contra leges nullius eſt valoris. (§. VIII. et XVIII.) Fundum dotalem neque oppignorari neque alienari poſſe, niſi taxatio *venditionis gratia* adiecta fuerit, conſtat ex legibus, l) hac in *l. vn. C. de rei vxor. act.* addita ratione: *ne fragilitate naturæ ſuæ in repentinam vxor deducatur inopiam.* Mulieres enim blanditiis maritorum eiuſdemque perſuaſionibus facile adducuntur, vt conſenſum ad quoduis negotium peragendum præbeant. m) Contrahentes itaque venditionem aut oppignorationem fundi dotalis ex hac *cautela* valere exiſtimant, ſi *iuramento* ab vxore firmata fuerit. Verum et hanc conuentionem *adiectio iuramenti* reddit valde ſuſpectam, quamuis ius canonicum hanc cautelam *imprudenter* approbauerit, et in foro eam ſequamur. Hac enim effectum eſt, vt leges, in vtilitatem publicam introductæ, per indirectum omnem effectum amittant, et fraudes atque concuſſiones, quæ a maritis imperioſis metuendæ, temere perpetrentur. Quid! quod in *l. vn. §. 15. C. de rei vxor. act.* Imperator IVSTINIANVS expreſſe prohibuerit, ne fundi dotalis alienationes ſeu oppignorationes fierent, ne quidem *accedente vxoris conſenſu.* Quodſi itaque, *addito vxoris iuramento*, talis alienatio valere debeat; manifeſtum eſt, hoc caſu re vera *contra leges*, optimo et ſaluberrimo conſilio latas, iurari, quod tamen in fraudem earum fieri dicitur. (§. XVII. XXVII.) n) vt adeo merito ius canoni-

Adiectio iuramenti alienationis fundi dotali ſuſpicionem arguit.

Iuris canon. ſententia repudianda.

 cum

l) *l. 2. 4. et 13. §. 1. ff. de fund. dotal. L. vn. §. 15. C. de rei vxor. act. §. 1. I. quib. alien. lic. vel non lic.*

m) *Nou. LXI. c. 1. §. 2.*

n) *l. 5. C. de LL.* conf. BERLICH. *deciſ.* 268. *n.* 24.

cum in praxi repudiandum eſſet, quod in mera æquitate cerebrina, vtilitati reipubl. contraria, fundatum eſt. Præterea non leuis ſuſpicio ex hac cautela, *in fraudem legis* adiecta, naſcitur, vxorem minis maritalibus, et concuſſionibus, blanditiisque et minis armatis inductam fuiſſe ad conſentiendum, vt merito vxor poſtea audienda ſit, ſi hoc emtori obiicit, nec hic iuramento ſe purgare queat. Emtor enim, qui tale *iuramentum* ab vxore exigit, nouit optime, vxorem *conſentire* valide non poſſe, et ita hac via eam conſtringere intendit, vt cum iactura bonorum ſuorum in alienatione acquieſcat. Aliud foret dicendum, ſi iuramentum *auctoritate iudiciali* ab vxore præſtitum eſſet, quia tunc ob factam certiorationem omnis exulat fraudis et concuſſionis præſumtio.

SCto Macedoniano quid caueatur.

§. XXX. SCto *Macedoniano* cautum, ne fœneratores filiisfam. pecuniam mutuo darent, alias nulla fœneratoribus competeret actio, ne quidem poſt mortem patris. o) Sed facile legi ex iuramentorum cautela reperta eſt fraus: vt enim fœneratores finem improbum alia via aſſequantur; eo filiosfamil. adigere ſolent, vt iurato renuncient exceptioni huius SCti. Quemadmodum vero hæc iurata renunciatio *in fraudem prohibitiuæ legis* palam fit; (§. XVII. et XXVII.) plerique Dd. concedunt, *renunciationem ſimplicem* non valere. p) Nihilo minus tamen, quod mirandum, complures Dd. valide exceptioni SCti Macedoniani renunciari poſſe, interpoſito iuramento, aſſerunt. q) Facile enim quiſque perſpicere poteſt, filiumfam. hac ratione occaſionem nanciſci, leges peruertendi, fœneratores vero, in legum fraudem committendi, (§. XVII.) cum hac cautela ſecu-

Renunciatio eius iurata ſit ad defraudandas leges.

re

o) *l. 1. pr. de SCto Macedon. l. 9. §. 2. eod.* p) PACHIN. *lib. II. controu. cap.* 62. q) STRYK. *in Vſ. mod. ff. de SCto Maced. §. XIII.* it. in *caſtel. contr. ſelt. II, cap. I. §.* 15. CARPZOV. *dec.* 256.

re illi credere queant, ille vero facile conſentiat in renunciationem iuratam, modo pecuniam, quam appetit, accipiat. r) Quoniam vero iuramentum non debet ſuppeditare *occaſionem delinquendi*, nec continere *vinculum iniquitatis:* s) non dubium eſt, adiectionem iuramenti contractum, cum filiofam. initum, reddere ſuſpectum, quod in fraudem legis ſit initus. (§. XXVII.) Accedit, quod SCtum Macedonianum præcipue *in fauorem parentum* introductum ſit, t) adeoque hæc renunciatio, licet iurata, læderet ius tertii, nimirum parentum, u) quod nullo modo probandum. (§. XIX.)

Fœneratores aliud medium in fraudem legum excogitarunt.

§. XXXI. Aliam quoque fœneratores excogitarunt viam, vt pecuniam filiisfam. ſubminiſtrare, et lucrum inde inſigne capere poſſent. Quoniam enim tantummodo *mutuum* filiisfam. interdictum eſt in *pecunia*, x) improbi fœneratores res quaſcunque alias filiisfam. mutuo dant vel vendunt, vt his ex rebus, iterum venditis, pretium atque pecuniam conſequantur. Hoc vero in fraudem dicti SCti Macedoniani improbe eſſe factum, quiſque facile animaduertet. y) Aliud re vera agitur, et aliud a contrahentibus fingitur atque ſimulatur; eoque nomine hæc conuentio inter *valde ſuſpectas* referenda; præſertim ſi liquet, citra *probabilem cauſſam* tales res filiofamilias mutuo datas vel venditas fuiſſe, quæ ei præbere vſum nequeunt, vel, quibus haud indigebat, vel, ſi *ex præcedentibus tractatibus* apparet, initium negotii originem a mutuo traxiſſe.

r) HAHN. *ad Weſenbec. tit. de SCto Maced. n. 3. in f.* SETSER. *de iurament. lib. I. c. 13. n. 7. ſeqq.* LAVTERB. *ad D. tit. de SCto Maced. in f.* s) MANTICA *lib. XIII. tit. 41. n. 11.* t) *l. 3. §. 3. D. ad SCt. Maced.* TACITVS *annal. lib. XIII. cap. 13.* u) conf. I. S. STRYK. *in meletem. de iureiur. meletem. I. c. 2. § 19.* x) *l. 3. §. 3. D. de SCto Maced.* y) *per c. l. 3. §. 3. et l. 7. §. 1. et 3. D. de SCto Maced.*

Vſuraria prauitas prohibita eſt.

§. XXXII. *Vſurariam prauitatem* prohibitam, variasque pœnas in tranſgreſſores conſtitutas eſſe, conſtat tam ex legibus imperii *de anno* 1548. *et* 1577. *Tit.* von wucherl. *Contracten*, quam ex iure ciuili, quo pœna *infamiæ* certo modo improbis irrogatur fœneratoribus, *l.* 20. *C. ex quib. cauſ. infam. irrog.* nihilominus tamen improbum fœnus exercentes varias excogitarunt conuentionum formulas, ad leges circumueniendas pœnasque euitandas. Quoniam vero *vſuraria prauitas* non tantum directo, ſed etiam *interpretatiue* z) committitur, h. e. ſi vſuræ ſub alio conuentionis licitæ nomine teguntur, de his quædam adducenda ſunt.

Vſuraria prauitas interdum interpretatiue committitur.

Veluti, ſi maior ſors mutuo data fingitur.

§. XXXIII. Ad claſſem conuentionum, in quibus *interpretatiue* committitur vſuraria prauitas, referri meretur, ſi probabiliter oſtendi poteſt (§. XXII.) a creditore ſortem maiorem chirographo inſertam fuiſſe, quam re vera numerata fuit. Hanc conuentionem, *vſuraria prauitate* infectam, vel ad minimum de ea ſuſpectam eſſe, patet ex eo, quod hic aliud agatur, et aliud ſimuletur (§. XI.). Etenim maior contra veritatem quantitas in chirographo exprimitur, quæ tamen debitori non eſt numerata. Ex qua *ſimulatione callida* haud incongrue colligitur, non alio, quam *vſurariam prauitatem* exercendi animo id factum fuiſſe; cum enim maior pecuniæ ſumma debitori data fingitur, nullum alium in finem hoc factum eſſe præſumi poteſt, quam vt creditor maiores vſuras a debitore obtineret, quas ſine hac ſimulatione exigere non potuiſſet, vtpote legibus prohibitas a).

§. XXXIV.

z) Vt ait MOLINAEVS *de commerc. et vſur. n.* 442. conf. *clem. vn. verſ. ceterum de vſur.* §. 43. *ſeqq.* vbi plures eiuſmodi ſuſpectiſſimæ conuentiones adductæ et examinatæ ſunt, quibus excogitandis ipſum ius canonicum manum præbuit.

a) conf. *ius. eccleſ. lib. V. tit. XIX.*

Digitized by Google

Suſpicione laborat conuentio, ſi vſuræ in anteceſſum ſoluuntur.

§. XXXIV. Leuiori laborat ſuſpicione *vſurariæ prauitatis* conuentio inter creditorem et debitorem iniri ſolita, vt ab hoc vſuræ *in anteceſſum* ſoluantur. Quemadmodum enim vſuræ *ob vſum perceptum* pecuniæ præſtantur b), ita legitimæ vſuræ dici non poſſunt, quæ *ante perceptum vſum* a debitore creditori perſoluuntur, ſed magis ſuſpicionem *vſurariæ prauitatis*, etiam aliis *tectis artibus* commiſſæ, inducunt, cum etiam ille plus ſoluere videatur, qui vſuras *in anteceſſum* ſoluit, et ſic ante tempus, cuius dies nondum venit c). Quamuis ſi ex *probabili cauſſa* hoc pactum ineatur, ſolutionem vſurarum ante tempus fieri poſſe non dubitem, cum ad hoc vtile eſſe poſſit, ne intra id tempus ſors a debitore peti queat, quam forſan de *rigore iuris* petere potuiſſet d).

Item ſi id, quod intereſt, limites vſurarum excedit.

§. XXXV. Pariter *vſurariam prauitatem* ſapit, ſi a paciſcentibus id, quod intereſt, in caſu *moræ* vltra limites, vſuris datos, determinatur, antequam mora ipſa commiſſa eſt; Cum enim id, *quod intereſt*, tunc demum iure petatur, quando *mora* in non ſoluendo admiſſa eſt, damno re vera inde emergente et lucro ceſſante: determinatio eius, in *anteceſſum* facta, valde ſuſpecta eſt (§. XXIII.), quod in fraudem legum adiecta ſit, ob quam ſuſpicionem *pœna conuentionalis* in mutuo pecuniario prorſus reprobata eſt e). Idem dicendum eſt, ſi creditores præter legitimam vſurarum quantitatem quotannis operas, vel earundem redemtionem, vel etiam alia ad victum et cultum neceſſaria, e. g. frumentum, a debitoribus ſtipulantur atque percipiunt. Nec non occulte vſuraria prauitas perpetratur, ſi a creditore debitori pecunia *deterioris qualitatis* mutuo datur, ab hoc vero *melio-ris*

Idem obtinet ſi creditor aliud quid a debitore ſibi ſtipulatur.

Vel debitor creditori pecuniam melioris qualitatis ſoluere tenetur.

b) *l.* 60. *pr. pro ſoc. l.* 58. §. 6. *D.* d) *l.* 57. *pr. D. de pact.* e) *l.* 15. *C. ad SCt. Trebell.* c) §. 33. *et de action. de vſur.*

Vel etiam rem quandam pro leuiſſimo vendit pretio.

Nec non ſi illegitimæ vſuræ ſingulis nundinis creditori promittuntur.

ris qualitatis nummos ſibi ſtipulatur atque exigit, quos ante numeratos fuiſſe in chirographo fingi ſolet. Nihil vel parum differt a iam dictis ſuſpectis conuentionibus, ſi quidem, vſuris haud ſtipulatis, ſors debitori datur, hic vero creditori rem aliquam *maioris pretii* pro pretio leuiſſimo tradere promittit. Denique lue vſurariæ prauitatis laborat, ſi ſingulis nundinis vſuræ illegitimæ creditori a debitore promittuntur. Hæ conuentiones quidem aliquam ſpeciem *conuentionum legitimarum* externe præ ſe ferunt, quoniam vero, obiecta hac exceptione a debitore, omnes eo tendunt, vt leges, vſurariam prauitatem prohibentes, circumſcribant, atque in earum fraudem aliquid faciant, merito valde ſuſpectæ dicuntur atque reprobantur f), maxime, ſi ita creditor comparatus ſit, vt ex moribus *fœnerator* præſumatur, qui demum *iuramento purgatorio* ab hac *ſuſpicione* ſe liberare poteſt.

Suſpecta conuentio eſt, ſi creditor debitori merces carius vendit.

§. XXXVI. Nouam ſpeciem ſuſpectæ conuentionis conſtituit, ſi creditores debitoribus *merces* carius, quam valeant, vendunt ex pacto, vt poſtea viliori eam redimant pretio; quod genus commercii COVARRVVIAS g) vocat *latrocinii genus, maxime execrandum.* Plures quidem allegantur a MASCARDO *c. l.* auctores, putantes, ſi pactum *retrouenditionis* eodem contractus die adiectum ſit, non valere, ſin vero *ex interuallo,* pactum hoc ab vſurariæ prauitatis ſuſpicione liberari. Verum etiam ex poſtfacto aliquid in fraudem committi poteſt, atque ex hac ratione fœneratores improbi *ex interuallo* hanc quoque formulam apponunt

f) In *ordinat. polit ic. Francofurt. de anno* 1577. *tit.* 17. von wucherlichen Contracten vid. *Ill.* PRAESES *in Tom. V. iur. eccl. lib. V. tit.* XIX. §. 43.

g) *lib. II. variar. reſolut. c.* 3. *n.* 6. *in f.* conf. SIGISM. SCACCIA *de commerc.* §. 1. *qu.* 1. *n.* 566. MASCARDVS *de probat. concl.* 447. *n.* 29. *ſeq.*

nunt h). Sufficit, quod eiuſmodi creditor, qui carius merces vendit, ex poſtfacto vero vilius redimit, per indirectum vſurariam prauitatem intendere credatur (§. XVII.) i).

§. XXXVII. Quemadmodum vſuræ iure canonico prorſus damnatæ atque interdictæ ſunt k), ita quoque omnes aliæ conuentiones, quæ *colorem quendam vſurarum* habent, tanquam ſuſpectæ hoc iure reiectæ ſunt. Huc retulerunt *venditionem, ſub pacto de retrouendendo* initam. Hoc pactum, quia interim fructus prædii, ſub pacto de *retrouendendo* venditi, creditor percipit, tanquam ſub *tecto nomine mutui vſurarii* ex iuris canonici principiis improbatum, atque a cenſura eiuſdem haud immune eſt. Quam plurimas alias conuentionum formulas, pactum de retrouendendo ſuſpectum reddentes, colligunt interpretes l); quæ hodie tamen tali ſuſpicione carent, quod *vſuræ*, legitimam quantitatem haud excedentes, permiſſæ ſint. Quocirca argumenta, a BERLICHIO et MANTICA *cc. ll.* allata, ad fora noſtra commode applicari haud poſſunt m).

Pactum de retrouendendo ſuſpectum et quidem de iure canonico, quod hodie non indiſtincte aſſerendum.

§. XXXVIII. Sed negandum non eſt, quandoque formulas venditionis prædii *ſub pacto de retrouendendo*, negotium certis ſub circumſtantiis reddere poſſe ſuſpectum de vſuraria prauitate. Etenim ſi venditor emtori prædium quoddam ſub hoc pacto, vt emtor modicum pretium pro prædio venditori ſolnat, offert, emtor vero intra tempus retrouenditionis longe vberiores certoſque quotannis fructus ex prædio percipit, quis non aſſereret, hanc venditionem vſurariæ prauitatis labe ſuſpectam reddi. Suppono, fructus *nimium* excedere quantitatem legi-

Certis ſub circumſtantiis pactum de retrouendendo ſuſpectum eſt.

h) MASCARDVS *c. l. n.* 31. i) vid. MANTICA *de tac. et ambig. conuent. lib. IV. tit.* 31. *n.* 10. k) Conf. *ius. eccl. lib. V. tit. XIX. §.* 17. *ſeq.*

l) BERLICH. *P. II. concl. I.* MANTICA *lib. VIII. tit.* 20. m) Conf. *ius eccl. lib. V. tit. XIX. §.* 41.

legitimam vſurarum, quas emtor exigere potuiſſet pro pretio, venditori dato. Alias hoc pactum non eſſe reprobandum puto, cum etiam *vſuræ legitimæ* permiſſæ ſunt (§. *præc.*). Idem quoque dicendum arbitror, ſi fructus, ex *fundo antichretico* percepti, quantitatem vſurarum non adeo ſuperent n).

Venditio fructuum in herbis ſuſpecta.

§. XXXIX. Inſignem vſurariæ prauitatis ſpeciem conſtituit hæc conuentio, ſi indigentibus hominibus pecunia mutua datur ſub hac conditione: *vt fructus in herbis adhuc exiſtentes vendantur*, et quidem *viliori pretio*, quam tempore meſſis vel poſt meſſem vendi poſſent.

Non tamen iure Romano.

Iure Romano quidem permiſſum erat, fructus in herbis vendere o). Ex quo colligi poſſet, mutuum ſub conditione venditionis fructuum haud maturorum licite contractum fuiſſe. Verum cum hac ratione debitores indigentes atque pauperes maximum ſentiant damnum, et facile vrgente inopia adigi poſſint, vt fructus in herbis vendant, modo *pecuniam mutuatitiam*, cum pretio compenſandam, a creditoribus accipiant; merito talis venditio prohibita p).

Iudæi vtuntur pacto retrouenditionis in fraudem legis.

§. XL. Venditionem ſub *pacto de retrouendendo* interdum laborare poſſe ſuſpicione, patet et §. XXXVIII. quo pacto etiam paſſim vtuntur Iudæi. Etenim notum eſt, Iudæis prohibitum paſſim in Germania eſſe, ne prædia atque immobilia poſſideant q), quod Potentiſſ. Pruſſorum Rex quoque prohibuit r) his ver-

n) *l.* 14. *C. de vſur.* Adeſt in hoc contractu negotium, ex *pignore* et *locatione* mixtum; vilius autem rem locari poſſe, certum eſt. o) *l.* 8. *et* 78. §. 3. *D. de contrah emt. vend.*

p) *Per. ordinat. polit. de anno* 1548. *tit.* von Verkauffung derer Früchte auf dem Felde, repetitam *in reformat. polit. de anno* 1577. *tit.* 19. *in f.* conf. ZIEGLER. *de iure maieſt. lib. I. cap.* 41. §. 64. *ſeq.*

q) BODINVS *de republ. lib. III. c.* 7. STAM. *de ſeruitut. perſon. lib. I. tit. s. c.* 1. §. 32. conf. *corpus conſtitution. Magdeburg.* a DN. MYLIO *editum. P. III. p.* 440. 445. 462. *et* 463.

r) conf. *reſcriptum de anno* 1694. *d.* 6. *Mart.*

verbis: Wenn Wir denn aus denen darinn angeführten Urſachen Bedencken tragen, denen dortigen Schutz-Juden zu verſtatten, daß ſie in und auſſerhalb der Stadt Häuſer und immobilia an ſich bringen ꝛc. Quod reſcriptum in primis ad Iudæos, hoc loco degentes, ſpectat. Quoniam vero tritum illud: *nitimur in vetitum ſemper, cupimusque negata*, etiam hic locum ſibi vindicat, Iudæi fraudem dicto reſcripto adhibuerunt, atque ædes ſub *pacto de retrouendendo* compararunt. Quod pactum, cum in fraudem legis iniretur, (§. XVII.) merito per reſcripta *de anno 1694. d. 14. et 29. Decembr.* prohibitum fuit, ne ſub tali pacto ædes atque immobilia acquirerent s).

Pactum, quo Iudæi bona ſub Chriſtianorum nomine emunt, eſt ſuſpectum.

§. XLI. Aliam Iudæi excogitantes viam, qua immobilia atque ædes acquirerent atque compararent, prædia quidem emunt, verum *non ſuo*, ſed *Chriſtianorum nomine*, atque ædes ſub horum nomine cataſtris inſeri patiuntur. Aſt, quis eſt, quin intelligat, hoc ad circumuenienda regia edicta inuentum, atque *actum ſimulatum* celebratum eſſe. (§. XI.) Quoniam enim fingitur, ac ſi ædes a chriſtianis emtæ, atque ab his Iudæis locatæ ſint, cum tamen re vera a Iudæis comparatæ, atque ab his vt dominis poſſideantur, merito talis conuentio ſuſpicione ſimulationis callidæ haud caret, ſed in fraudem inita cenſetur. Quare quia plures fraudes atque cauillationes a Iudæis fieri poſſunt, ſaluberrimum conſilium iam olim ſuppeditaui t), quod merito in effectum deducendum eſſet.

Dos interdum in fraudem creditorum aucta dicitur.

§. XLII. Ad aliam ſuſpectam conuentionem tranſeo, qua *dos* ad defraudandos creditores ab vxore conſtante matrimonio *aucta* dicitur. Etenim notum eſt, vxorem pro reſtituenda

 dote

s) vid. *ius eccl. lib. V. tit. VI. §. 32.* t) *in Tom. IV. iur. eccl. lib. V. tit. 6. §. 32.*

dote habere hypothecam tacitam et priuilegiatam u), quæ etiam vxori competit ob *dotis augmentum* b. f. factum x). Dotem enim recipere et augmentum et deminutionem, quia eſt vniuerſitas, recte affirmat FACHINEVS y). Tunc vero potiſſimum fraus eiuſmodi facta intelligitur, ſi paullo ante motum concurſum augmentum dotis marito obærato datum fuiſſe, ex inſtrumento vel aliunde conſtat: ſi *prælato die* inſtrumentum conſcriptum etc. quæ pluresque aliæ circumſtantiæ ad minimum operantur, vt *iuramento* hanc ſuſpicionem elidere teneatur. Denique propter inſigne vxoribus competens priuilegium nonnunquam etiam inter coniuges hæc initur conuentio, vt vxor tantum ſimulet, dotem a ſe eſſe auctam, quod tamen minime factum eſt, vt moto concurſu ratione dotis, eiusque augmenti vxor aliis creditoribus præferatur, atque maritus inops poſtea, vnde ſe ſuſtentare poſſit, habeat. Quia vero tale dotis augmentum per ſimulationem factum eſt (§. XI.), atque in fraudem legum, præiudicium atque detrimentum mariti creditorum tendit (§. XVII. et XIX.), nulla in concurſu huius ſimulati augmenti habenda eſt ratio: illa enim habenda eſt indigna legis beneficiorum, quæ in eaſdem committit z). Interim cum *non ſtatim* appareat, vtrum dotis augmentum factum ſit *bona fide*, vel interueniente ſimulatione, ex probabilibus coniecturis (§. XXIII. XXV.) hoc colligendum eſt; quorſum pertinet, ſi conſtat, vxorem alia præter dotem, ab initio datam non habuiſſe bona; vel etiam, ſi vxor docere non poſſit, vnde dotem auxerit. Quodſi alia ratione non conſtet, dotem fraudulenter eſſe auctam, et tamen aliqua ſuſpicio emergat, iuramento ſe purgare debet ab indiciis probabilibus adductis.

§. XLIII.

u) *l. 29. C. de iur. dot.* x) *Nou. lib. X. cap. 31.* z) *per l. 37. in f. D. XXVII. cap. 2.* y) *Controuerſ. iur. de minor.*

§. XLIII. Donationes inter virum et vxorem non valere certum eſt a). Hoc ipſo excluduntur omnes conuentiones, a marito atque vxore ad velandam prohibitam eiuſmodi donationem initæ. Suſpicione non caret venditio alteri coniugi facta, interueniente *viliori pretio* b), vel etiam interueniente pretio iuſto, adiecto tamen pacto, *ne venditor in caſu euictionis aliquid præſtaret* c). Quilibet enim facile intelligit, hanc *venditionis* formulam eſſe actum ſimulatum (§. XI.), cum hic potiſſimum reſpiciendum ſit ad animum, quem contrahentes habuerunt d). Neque valet *remiſſio pretii* ab alterutro coniugum facta, quia itidem in fraudem legum facta præſumitur (§. XVII.); remittere enim idem eſt ac donare e). De ſocietate inter virum et vxorem donationis cauſſa contracta idem aſſerendum f). Quinimmo *l. 49. D. de don. int. vir. et vx.* quemuis colorem atque donationis titulum prohibet, ex quo aliquid commodi ad coniugem peruenire poſſet; quorſum etiam ſpectat *l. 52. D. eod.* In genere in his conuentionibus intentio atque *mens paciſcentium* inſpicienda, ex qua facile patebit, vtrum conuentio, quam inierunt, *ſimulate*, an vero *bona fide* contracta fuerit.

Donationes inter virum et vxorem non valent. Suſpicione non caret venditio interueniente viliori pretio. Idem dicendum de remiſſione, et de ſocietate donationis cauſſa contracta, nec non de quouis donationis colore. Intentio paciſcentium inſpici debet.

§. XLIV. Haud leui nonnunquam laborat ſuſpicione *fideicommiſſaria heredis inſtitutio* apud Romanos præcipue vſitata. Notum eſt ex iure Romano, quaſdam perſonas heredes inſtitui non potuiſſe, ſed inhabiles fuiſſe declaratas; hinc excluſi

Iure Romano fideicommiſſaria heredis inſtitutio ſuſpecta;

a) *l. 1. D. de donat. int. vir. et vxor.* conf. tamen *diſſ. de ſtatu donat. int. vir. et vxor. antiquo et hodierno.* MASCARDVS *de probat. concl.* 30. *n.* 7. *et* 8.

b) *l.* 5. §. 5. *D. de donat. int. vir. et vxor.* c) *l.* 31. §. 4. *et* 5. *eod.*

d) conf. MANTICA *de tac. et ambig. conu. lib. IV. tit. XIX. n.* 57. MASCARDVS *de probat. concl.* 447. *n.* 17. it. *concl.* 559. *n.* 26. e) vid. *l.* 5. §. 5. *D. de don. int. vir. et vxor.* ibique GOTHOFREDVS *in notis.* f) *l.* 32. §. 24. *D. eod.*

Digitized by Google

cluſi ſunt *peregrini, deportati* aliique g). Quod cum pluribus acerbum atque incommodum videretur, in fraudem legum hoc conuentionis ſchema excogitatum fuit, quo teſtator inſtitutum habilem heredem, interueniente *pacto occulto*, conſtringere ſtudebat, vt hereditatem illi, quem denominabat, reſtitueret h). Quodſi olim heres directo inſtitutus, qui fiduciarius vocabatur, voluntati teſtatoris morem gerere nollet, fideicommiſſum exſpirabat. Sed AVGVSTVS imperator demum neceſſitatem heredi fiduciario hereditatem reſtituendi impoſuit i), modo *bona fide* et non in *fraudem legis*, hæc cautela adhibita fuiſſe k): licet interim ſuſpicione non careret, ſi *clandeſtina conuentio* de reſtituendo poſtea appareret. In praxi Germaniæ eiuſmodi clauſulæ vmbratiles raro occurrunt, cum tot defectus hodie heredibus haud obſtent, qui olim eos a hereditatibus capiendis arcebant. Quodſi tamen hodienum adhuc contingeret, vt cuidam fideicommiſſum callidis conuentionibus occultis (§. XXI.) relinqueretur, qui ex teſtamento nec hodie capere quid poſſet, hoc tanquam contra legis prohibitionem factum, a fiſco eripi poteſt l), quia nota fraudis atque ſuſpicionis non caret.

quod tamen hodie raro occurrit.

§. XLV. In imperio noſtro plerorumque fideicommiſſorum ea eſt natura, vt perpetuo in familia permaneant, quare etiam *fideicommiſſa familiæ* dicuntur m). Vnde palam eſt, alienationem atque oppignorationem horum bonorum eſſe regulari-

Fideicommiſſa familiæ non alienanda.

g) *l. 6. §. 2. D. de hered. inſtit. l. 1. C. de hered. inſtit.* h) *l. 103. D. de legat. 1. l. 46. de hered. petit. l. 17. §. 2. de vſur. l. 3. de probat.* i) *per §. 1. I. de fideicomm. her.*

k) *l. 46. D. de hered. inſtit.* vbi elegans occurrit caſus de conuentione hac *occulte* quidem, ſed *ex iuſta et probabili cauſſa* facta.

l) *l. 103. D. de leg. 3. l. 3. D. de iur. fiſc. l. 17. §. 2. D. de vſur.* m) KNIPSCHILD *in peculiari tract. de fideicomm. fam.*

lariter inualidam. Quæ diſpoſitio iuris tamen variis artibus et clandeſtinis conſiliis eludi ſolet. Sunt enim quidam caſus excepti, de quibus prolixe agit KNIPSCHILD n), qui in abuſum trahi poſſunt per ſimulationem (§. XI.), variis excogitatis ſuſpectis clauſulis, quibus alienatio incruſtatur, veluti, ſi aliorum bonorum defectus fingitur, et ex *cauſſa dotis* vel *donationis propter nuptias* illa ſuſcipitur.

Interdum tamen per ſimulationem alienatio ſuſcipitur.

§. XLVI. Pignus variis poſſe ſolui modis apparet ex *tit. D.quib.mod.pign.vel.hypoth.ſolu.* Huc pertinet remiſſio tacita, quando creditor conſentit in *pignoris alienationem* o). Inſignis vero nota atque indicium fraudis atque ſuſpicionis eſt, ſi quidem pignus, creditore ad conſentiendum *inducto*, alienatur, non vero ſerio, ſed ſimulate, et ea tantum intentione, quo debitor per calliditatem bona a nexu pignoris liberet p). Hæc ſimulatio ex eo apparet, quando inter contrahentes clam conuentio inita, vt quidem pignus emtori tradatur, nullo tamen ſoluto pretio, quin potius id ipſum intra aliquod tempus venditori quaſi ex *nouo contractu* reſtituatur. Hic enim nouus contractus grauem ſuſpicionem inducit, in fraudem creditoris emtionem initam imaginariam fuiſſe. Quodſi pretium quidem interceſſerit, nihilominus tamen clam conuentum, vt hoc reſtituto et illud quaſi ex *nouo contractu* reſtituatur idem dicendum eſt, quia ideo hæc venditio ſimulata fuit, vt ius, quod creditori antea in re pignorata habuit, tollatur atque auferatur q). Atque hoc caſu iure meritoque ius pignoratitium,

Remiſſio pignoris anſam præbuit ſuſpicioni.

n) *cit. tr. cap. XI.* o) *l. 4. et 7. pr. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. l. 2. et 4. C. de remiſſ. pign.*
p) *l. 8. §. 7. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* q) conf. FRANZKIVS *ad tit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. n. 106.*

Vſuraria prauitas prohibita eſt.

§. XXXII. *Vſurariam prauitatem* prohibitam, variasque pœnas in transgreſſores conſtitutas eſſe, conſtat tam ex legibus imperii *de anno* 1548. *et* 1577. *Tit.* von wucherl. *Contracten,* quam ex iure ciuili, quo pœna *infamiæ* certo modo improbis irrogatur fœneratoribus, *l.* 20. *C. ex quib. cauſ. infam. irrog.* nihilominus tamen improbum fœnus exercentes varias excogitarunt conventionum formulas, ad leges circumueniendas pœnasque euitandas. Quoniam vero *vſuraria prauitas* non tantum directo, ſed etiam *interpretatiue* z) committitur, h. e. ſi vſuræ ſub alio conuentionis licitæ nomine teguntur, de his quædam adducenda ſunt.

Vſuraria prauitas interdum interpretatiue committitur.

Veluti, ſi maior ſors mutuo data fingitur.

§. XXXIII. Ad claſſem conuentionum, in quibus *interpretatiue* committitur vſuraria prauitas, referri meretur, ſi probabiliter oſtendi poteſt (§. XXII.) a creditore ſortem maiorem chirographo inſertam fuiſſe, quam re vera numerata fuit. Hanc conuentionem, *vſuraria prauitate* infectam, vel ad minimum de ea ſuſpectam eſſe, patet ex eo, quod hic aliud agatur, et aliud ſimuletur (§. XI.). Etenim maior contra veritatem quantitas in chirographo exprimitur, quæ tamen debitori non eſt numerata. Ex qua *ſimulatione callida* haud incongrue colligitur, non alio, quam *vſurariam prauitatem* exercendi animo id factum fuiſſe; cum enim maior pecuniæ ſumma debitori data fingitur, nullum alium in finem hoc factum eſſe præſumi poteſt, quam vt creditor maiores vſuras a debitore obtineret, quas ſine hac ſimulatione exigere non potuiſſet, vtpote legibus prohibitas a).

§. XXXIV.

z) Vt ait MOLINAEVS *de commerc. et vſur. n.* 442. conf. *clem. vn. verſ. ceterum de vſur.* §. 43. *ſeqq.* vbi plures eiuſmodi ſuſpectiſſimæ conuentiones adductæ et examinatæ ſunt, quibus excogitandis ipſum ius canonicum manum præbuit.

a) conf. *ius. eccleſ. lib. V. tit. XIX.*

Digitized by Google

Suſpicione laborat conuentio, ſi vſuræ in anteceſſum ſoluuntur.

§. XXXIV. Leuiori laborat ſuſpicione *vſurariæ prauitatis* conuentio inter creditorem et debitorem iniri ſolita, vt ab hoc vſuræ *in anteceſſum* ſoluantur. Quemadmodum enim vſuræ *ob vſum perceptum* pecuniæ præſtantur b), ita legitimæ vſuræ dici non poſſunt, quæ *ante perceptum vſum* a debitore creditori perſoluuntur, ſed magis ſuſpicionem *vſurariæ prauitatis*, etiam aliis *tectis artibus* commiſſæ, inducunt, cum etiam ille plus ſoluere videatur, qui vſuras *in anteceſſum* ſoluit, et ſic ante tempus, cuius dies nondum venit c). Quamuis ſi ex *probabili cauſſa* hoc pactum ineatur, ſolutionem vſurarum ante tempus fieri poſſe non dubitem, cum ad hoc vtile eſſe poſſit, ne intra id tempus ſors a debitore peti queat, quam forſan de *rigore iuris* petere potuiſſet d).

Item ſi id, quod intereſt, limites vſurarum excedit.

§. XXXV. Pariter *vſurariam prauitatem* ſapit, ſi a paciſcentibus id, quod intereſt, in caſu *moræ* vltra limites, vſuris datos, determinatur, antequam mora ipſa commiſſa eſt; Cum enim id, *quod intereſt*, tunc demum iure petatur, quando *mora* in non ſoluendo admiſſa eſt, damno re vera inde emergente et lucro ceſſante: determinatio eius, in *anteceſſum* facta, valde ſuſpecta eſt (§. XXIII.), quod in fraudem legum adiecta ſit, ob quam ſuſpicionem *pœna conuentionalis* in mutuo pecuniario prorſus reprobata eſt e). Idem dicendum eſt, ſi creditores præter legitimam vſurarum quantitatem quotannis operas, vel earundem redemtionem, vel etiam alia ad victum et cultum neceſſaria, e. g. frumentum, a debitoribus ſtipulantur atque percipiunt. Nec non occulte vſuraria prauitas perpetratur, ſi a creditore debitori pecunia *deterioris qualitatis* mutuo datur, ab hoc vero *melioris*

Idem obtinet ſi creditor aliud quid a debitore ſibi ſtipulatur.

Vel debitor creditori pecuniam melioris qualitatis ſoluere tenetur.

b) *l. 60. pr. pro ſoc. l. 58. §. 6. D. ad SCt. Trebell.* c) §. 33. *et de action. de vſur.* d) *l. 57. pr. D. de pact.* e) *l. 15. C.*

Vel etiam rem quandam pro leuiſſimo vendit pretio.

Nec non ſi illegitimæ vſuræ ſingulis nundinis creditori promittuntur.

ris qualitatis nummos ſibi ſtipulatur atque exigit, quos ante numeratos fuiſſe in chirographo fingi ſolet. Nihil vel parum differt a iam dictis ſuſpectis conuentionibus, ſi quidem, vſuris haud ſtipulatis, ſors debitori datur, hic vero creditori rem aliquam *maioris pretii* pro pretio leuiſſimo tradere promittit. Denique lue vſurariæ prauitatis laborat, ſi ſingulis nundinis vſuræ illegitimæ creditori a debitore promittuntur. Hæ conuentiones quidem aliquam ſpeciem *conuentionum legitimarum* externe præ ſe ferunt, quoniam vero, obiecta hac exceptione a debitore, omnes eo tendunt, vt leges, vſurariam prauitatem prohibentes, circumſcribant, atque in earum fraudem aliquid faciant, merito valde ſuſpectæ dicuntur atque reprobantur f), maxime, ſi ita creditor comparatus ſit, vt ex moribus *fænerator* præſumatur, qui demum *iuramento purgatorio* ab hac *ſuſpicione* ſe liberare poteſt.

Suſpecta conuentio eſt, ſi creditor debitori merces carius vendit.

§. XXXVI. Nouam ſpeciem ſuſpectæ conuentionis conſtituit, ſi creditores debitoribus *merces* carius, quam valeant, vendunt ex pacto, vt poſtea viliori eam redimant pretio; quod genus commercii COVARRVVIAS g) vocat *latrocinii genus, maxime execrandum.* Plures quidem allegantur a MASCARDO *c. l.* auctores, putantes, ſi pactum *retrouenditionis* eodem contractus die adiectum ſit, non valere, ſin vero *ex interuallo,* pactum hoc ab vſurariæ prauitatis ſuſpicione liberari. Verum etiam ex poſtfacto aliquid in fraudem committi poteſt, atque ex hac ratione fœneratores improbi *ex interuallo* hanc quoque formulam apponunt

f) In *ordinat. politic. Francofurt. de anno* 1577. *tit.* 17. von wucherlichen Contracten vid. *Ill.* PRAESES *in Tom. V. iur. eccl. lib. V. tit.* XIX. §. 43.

g) *lib. II. variar. reſolut. c.* 3. *n.* 6. *in f.* conf. SIGISM. SCACCIA *de commerc.* §. 1. *qu.* 1. *n.* 566. MASCARDVS *de probat. concl.* 447. *n.* 29. *ſeq.*

Digitized by Google

nunt h). Sufficit, quod eiuſmodi creditor, qui carius merces vendit, ex poſtfacto vero vilius redimit, per indirectum vſurariam prauitatem intendere credatur (§. XVII.) i).

§. XXXVII. Quemadmodum vſuræ iure canonico prorſus damnatæ atque interdictæ ſunt k), ita quoque omnes aliæ conuentiones, quæ *colorem quendam vſurarum* habent, tanquam ſuſpectæ hoc iure reiectæ ſunt. Huc retulerunt *venditionem, ſub pacto de retrouendendo* initam. Hoc pactum, quia interim fructus prædii, ſub pacto de *retrouendendo* venditi, creditor percipit, tanquam ſub *tecto nomine mutui vſurarii* ex iuris canonici principiis improbatum, atque a cenſura eiuſdem haud immune eſt. Quam plurimas alias conuentionum formulas, pactum de retrouendendo ſuſpectum reddentes, colligunt interpretes l); quæ hodie tamen tali ſuſpicione carent, quod *vſuræ*, legitimam quantitatem haud excedentes, permiſſæ ſint. Quocirca argumenta, a BERLICHIO et MANTICA *cc. ll.* allata, ad fora noſtra commode applicari haud poſſunt m).

Pactum de retrouendendo ſuſpectum et quidem de iure canonico,

quod hodie non indiſtincte aſſerendum.

§. XXXVIII. Sed negandum non eſt, quandoque formulas venditionis prædii *ſub pacto de retrouendendo*, negotium certis ſub circumſtantiis reddere poſſe ſuſpectum de vſuraria prauitate. Etenim ſi venditor emtori prædium quoddam ſub hoc pacto, vt emtor modicum pretium pro prædio venditori ſoluat, offert, emtor vero intra tempus retrouenditionis longe vberiores certosque quotannis fructus ex prædio percipit, quis non aſſereret, hanc venditionem vſurariæ prauitatis labe ſuſpectam reddi. Suppono, fructus *nimium* excedere quantitatem

Certis ſub circumſtantiis pactum de retrouendendo ſuſpectum eſt.

h) MASCARDVS *c. l. n.* 31. i) vid. MANTICA *de tac. et ambig. conuent. lib. IV. tit.* 31. *n.* 10. k) Conf. *ius. eccl. lib. V. tit. XIX.* §. 17. *ſeq.*

l) BERLICH. *P. II. concl. I.* MANTICA *lib. VIII. tit.* 20. m) Conf. *ius eccl. lib. V. tit. XIX.* §. 41.

legitimam vſurarum, quas emtor exigere potuiſſet pro pretio, venditori dato. Alias hoc pactum non eſſe reprobandum puto, cum etiam *vſuræ legitimæ* permiſſæ ſunt (§. *præc.*). Idem quoque dicendum arbitror, ſi fructus, ex *fundo antichretico* percepti, quantitatem vſurarum non adeo ſuperent n).

Venditio fructuum in herbis ſuſpecta.

§. XXXIX. Inſignem vſurariæ prauitatis ſpeciem conſtituit hæc conuentio, ſi indigentibus hominibus pecunia mutua datur ſub hac conditione: *vt fructus in herbis adhuc exiſtentes vendantur*, et quidem *viliori pretio*, quam tempore meſſis vel poſt meſſem vendi poſſent. Iure Romano quidem permiſſum erat, fructus in herbis vendere o). Ex quo colligi poſſet, mutuum ſub conditione venditionis fructuum haud maturorum licite contractum fuiſſe. Verum cum hac ratione debitores indigentes atque pauperes maximum ſentiant damnum, et facile vrgente inopia adigi poſſint, vt fructus in herbis vendant, modo *pecuniam mutuatitiam*, cum pretio compenſandam, a creditoribus accipiant; merito talis venditio prohibita p).

Non tamen iure Romano.

Iudæi vtuntur pacto retrouenditionis in fraudem legis.

§. XL. Venditionem ſub *pacto de retrouendendo* interdum laborare poſſe ſuſpicione, patet et §. XXXVIII. quo pacto etiam paſſim vtuntur Iudæi. Etenim notum eſt, Iudæis prohibitum paſſim in Germania eſſe, ne prædia atque immobilia poſſideant q), quod Potentiſſ. Pruſſorum Rex quoque prohibuit r) his ver-

n) *l.* 14. *C. de vſur.* Adeſt in hoc contractu negotium, ex *pignore* et *locatione* mixtum; vilius autem rem locari poſſe, certum eſt. o) *l.* 8. *et* 78. §. 3. *D. de contrah. emt. vend.*

p) *Per. ordinat. polit. de anno* 1548. *tit.* von Verkauffung derer Früchte auf dem Felde, repetitam *in reformat. polit. de anno* 1577. *tit.* 19. *in f.* conf. ZIEGLER. *de iure maieſt. lib.* I. *cap.* 41. §. 64. *ſeq.*

q) BODINVS *de republ. lib.* III. *c.* 7. STAM. *de ſeruitut. perſon. lib.* I. *tit. s. c.* 1. §. 32. conf. *corpus conſtitution. Magdeburg.* a DN. MYLIO *editum. P.* III. *p.* 440. 445. 462. *et* 464.

r) conf. *reſcriptum de anno* 1694. *d.* 6. *Mart.*

Digitized by Google

verbis: Wenn Wir denn aus denen darinn angeführten Urſachen Bedencken tragen, denen dortigen Schutz-Juden zu verſtatten, daß ſie in und auſſerhalb der Stadt Häuſer und immobilia an ſich bringen ꝛc. Quod reſcriptum in primis ad Iudæos, hoc loco degentes, ſpectat. Quoniam vero tritum illud: *nitimur in vetitum ſemper, cupimusque negata*, etiam hic locum ſibi vindicat, Iudæi fraudem dicto reſcripto adhibuerunt, atque ædes ſub *pacto de retrouendendo* compararunt. Quod pactum, cum in fraudem legis iniretur, (§. XVII.) merito per reſcripta *de anno 1694. d. 14. et 29. Decembr.* prohibitum fuit, ne ſub tali pacto ædes atque immobilia acquirerent s).

Pactum, quo Iudæi bona ſub Chriſtianorum nomine emunt, eſt ſuſpectum.

§. XLI. Aliam Iudæi excogitantes viam, qua immobilia atque ædes acquirerent atque compararent, prædia quidem emunt, verum *non ſuo*, ſed *Chriſtianorum nomine*, atque ædes ſub horum nomine cataſtris inſeri patiuntur. Aſt, quis eſt, quin intelligat, hoc ad circumuenienda regia edicta inuentum, atque *actum ſimulatum* celebratum eſſe. (§. XI.) Quoniam enim fingitur, ac ſi ædes a chriſtianis emtæ, atque ab his Iudæis locatæ ſint, cum tamen re vera a Iudæis comparatæ, atque ab his vt dominis poſſideantur, merito talis conuentio ſuſpicione ſimulationis callidæ haud caret, ſed in fraudem inita cenſetur. Quare quia plures fraudes atque cauillationes a Iudæis fieri poſſunt, ſaluberrimum conſilium iam olim ſuppeditaui t), quod merito in effectum deducendum eſſet.

Dos interdum in fraudem creditorum aucta dicitur.

§. XLII. Ad aliam ſuſpectam conuentionem tranſeo, qua *dos* ad defraudandos creditores ab vxore conſtante matrimonio *aucta* dicitur. Etenim notum eſt, vxorem pro reſtituenda

 dote

s) vid. *Ius eccl. lib. V. tit. VI. §. 32.* t) *in Tom. IV. iur. eccl. lib. V. tit. 6. §. 32.*

dote habere hypothecam tacitam et priuilegiatam u), quæ etiam vxori competit ob *dotis augmentum* b. f. factum x). Dotem enim recipere et augmentum et deminutionem, quia eſt vniuerſitas, recte affirmat FACHINEVS y). Tunc vero potiſſimum fraus eiuſmodi facta intelligitur, ſi paullo ante motum concurſum augmentum dotis marito obærato datum fuiſſe, ex inſtrumento vel aliunde conſtat: ſi *prælato die* inſtrumentum conſcriptum etc. quæ pluresque aliæ circumſtantiæ ad minimum operantur, vt *iuramento* hanc ſuſpicionem elidere teneatur. Denique propter inſigne vxoribus competens priuilegium nonnunquam etiam inter coniuges hæc initur conuentio, vt vxor tantum ſimulet, dotem a ſe eſſe auctam, quod tamen minime factum eſt, vt moto concurſu ratione dotis, eiusque augmenti vxor aliis creditoribus præferatur, atque maritus inops poſtea, vnde ſe ſuſtentare poſſit, habeat. Quia vero tale dotis augmentum per ſimulationem factum eſt (§. XI.), atque in fraudem legum, præiudicium atque detrimentum mariti creditorum tendit (§. XVII. et XIX.), nulla in concurſu huius ſimulati augmenti habenda eſt ratio: illa enim habenda eſt indigna legis beneficiorum, quæ in eaſdem committit z). Interim cum *non ſtatim* appareat, vtrum dotis augmentum factum ſit *bona fide*, vel interueniente ſimulatione, ex probabilibus coniecturis (§. XXIII. XXV.) hoc colligendum eſt; quorſum pertinet, ſi conſtat, vxorem alia præter dotem, ab initio datam non habuiſſe bona; vel etiam, ſi vxor docere non poſſit, vnde dotem auxerit. Quodſi alia ratione non conſtet, dotem fraudulenter eſſe auctam, et tamen aliqua ſuſpicio emergat, iuramento ſe purgare debet ab indiciis probabilibus adductis.

§. XLIII.

u) *l. 29. C. de iur. dot.* x) *Nou. lib. X. cap. 31.* z) *per l. 37. in f. D. XXVII. cap. 2.* y) *Controuerſ. iur. de minor.*

§. XLIII. Donationes inter virum et vxorem non valere certum eſt a). Hoc ipſo excluduntur omnes conuentiones, a marito atque vxore ad velandam prohibitam eiuſmodi donationem initæ. Suſpicione non caret venditio alteri coniugi facta, interueniente *viliori pretio* b), vel etiam interueniente pretio iuſto, adiecto tamen pacto, *ne venditor in caſu euictionis aliquid præſtaret* c). Quilibet enim facile intelligit, hanc *venditionis* formulam eſſe actum ſimulatum (§. XI.), cum hic potiſſimum reſpiciendum ſit ad animum, quem contrahentes habuerunt d). Neque valet *remiſſio pretii* ab alterutro coniugum facta, quia itidem in fraudem legum facta præſumitur (§. XVII.); remittere enim idem eſt ac donare e). De ſocietate inter virum et vxorem donationis cauſſa contracta idem aſſerendum f). Quinimmo *l. 49. D. de don. int. vir. et vx.* quemuis colorem atque donationis titulum prohibet, ex quo aliquid commodi ad coniugem peruenire poſſet; quorſum etiam ſpectat *l. 52. D. eod.* In genere in his conuentionibus intentio atque *mens paciſcentium* inſpicienda, ex qua facile patebit, vtrum conuentio, quam inierunt, *ſimulate*, an vero *bona fide* contracta fuerit.

Donationes inter virum et vxorem non valent. Suſpicione non caret venditio interueniente viliori pretio.

Idem dicendum de remiſſione, et de ſocietate donationis cauſſa contracta, nec non de quouis donationis colore. Intentio paciſcentium inſpici debet.

§. XLIV. Haud leui nonnunquam laborat ſuſpicione *fideicommiſſaria heredis inſtitutio* apud Romanos præcipue vſitata. Notum eſt ex iure Romano, quaſdam perſonas heredes inſtitui non potuiſſe, ſed inhabiles fuiſſe declaratas; hinc excluſi

Iure Romano fideicommiſſaria heredis inſtitutio ſuſpecta;

a) *l. 1. D. de donat. int. vir. et vxor.* conf. tamen *diſſ. de ſtatu donat. int. vir. et vxor. antiquo et hodierno.* MASCARDVS *de probat. concl.* 30. *n.* 7. *et* 8.

b) *l. 5. §. 5. D. de donat. int. vir. et vxor.* c) *l. 31. §. 4. et 5. eod.*

d) conf. MANTICA *de tac. et ambig. conu. lib. IV. tit. XIX. n.* 57. MASCARDVS *de probat. concl.* 447. *n.* 17. it. *concl.* 559. *n.* 26. e) vid. *l. 5. §. 5. D. de don. int. vir. et vxor.* ibique GOTHOFREDVS *in notis.* f) *l. 32. §. 24. D. eod.*

lariter inualidam. Quæ diſpoſitio iuris tamen variis artibus et clandeſtinis conſiliis eludi ſolet. Sunt enim quidam caſus excepti, de quibus prolixe agit KNIPSCHILD n), qui in abuſum trahi poſſunt per ſimulationem (§. XI.), variis excogitatis ſuſpectis clauſulis, quibus alienatio incruſtatur, veluti, ſi aliorum bonorum defectus fingitur, et ex *cauſſa dotis* vel *donationis propter nuptias* illa ſuſcipitur.

Interdum tamen per ſimulationem alienatio ſuſcipitur.

§. XLVI. Pignus variis poſſe ſolui modis apparet ex *tit. D. quib. mod. pign. vel. hypoth. ſolu.* Huc pertinet remiſſio tacita, quando creditor conſentit in *pignoris alienationem* o). Inſignis vero nota atque indicium fraudis atque ſuſpicionis eſt, ſi quidem pignus, creditore ad conſentiendum *inducto*, alienatur, non vero ſerio, ſed ſimulate, et ea tantum intentione, quo debitor per calliditatem bona a nexu pignoris liberet p). Hæc ſimulatio ex eo apparet, quando inter contrahentes clam conuentio inita, vt quidem pignus emtori tradatur, nullo tamen ſoluto pretio, quin potius id ipſum intra aliquod tempus venditori quaſi ex *nouo contractu* reſtituatur. Hic enim nouus contractus grauem ſuſpicionem inducit, in fraudem creditoris emtionem initam imaginariam fuiſſe. Quodſi pretium quidem interceſſerit, nihilominus tamen clam conuentum, vt hoc reſtituto et illud quaſi ex *nouo contractu* reſtituatur idem dicendum eſt, quia ideo hæc venditio ſimulata fuit, vt ius, quod creditori antea in re pignorata habuit, tollatur atque auferatur q). Atque hoc caſu iure meritoque ius pignoratitium,

Remiſſio pignoris anſam præbuit ſuſpicioni.

n) *cit. tr. cap. XI.*

o) *l. 4. et 7. pr. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. l. 2. et 4. C. de remiſſ. pign.*

p) *l. 8. §. 7. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.*

q) conf. FRANZKIVS *ad tit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. n. 106.*

Digitized by Google

tium, quod creditori antea competiit, pro remiſſo haud habendum.

Alienatio bonorum læſæ mai. rei in fraudem ſit fiſci.

§. XLVII. Bona reorum criminis læſæ maieſtatis confiſcantur r). Quæritur vero: an alienationes *ante confiſcationem,* pendente tamen vel imminente inquiſitione factæ, ſubſiſtere poſſint? Has alienationes fraudis ſuſpicione laborare reor, quia committens crimen perduellionis vel læſæ maieſtatis, iam de pœna ſua certus eſſe potuit s). Quemadmodum ergo hæ alienationes, donationes et ſimiles alienandi modi ad defraudandum fiſci fiunt ærarium, a fiſco reuocari, atque bona alienata repeti poſſunt.

Iurium et actionum venditio non debet fieri contra L. Anaſtaſianam.

§. XLVIII. Iura et actiones etiam inuito debitore vendi atque cedi poſſe, iura largiuntur t). Cauendum tamen eſt, ne eiuſmodi venditio vel ceſſio impingat contra expreſſam prohibitionem *legis Anaſtaſianæ.* Etenim hac lege cautum: ne emtor, viliori pretio nomen acquirens, citra probabilem cauſſam, a debitore ceſſo plus exigere poſſit, quam ipſe cedenti exſoluit u). Sæpe autem in tali venditione vel ceſſione pro *viliori pretio* id agitur, vt creditor inani ſpectro litis imminentis, quod emtor fingit, venditor vero horret, adigatur atque inducatur ad nomen cedendum. Venditor enim vel cedens illud viliori pretio haud vendidiſſet, niſi fraudulenta perſuaſione et callidis artibus inductus crediſſet, totum ſe debitum a debitore ceſſo abſque graui moleſtia non exacturum eſſe x). Hæc igitur conuentio, ſi *prægnans cauſſa* ſoluendi vilioris pretii doceri nequeat, ſuſpecta eſt, vt debitor ceſſus ceſſionario, ſeu

r) *Per art.* 218. *C. C. C.* s) *l.* 15. *D. qui et a quib. manum.* Conf. *l. f. D. de bon. damn. l. f. C. L. Iul. maieſt.* t) *l.* 3. *C. de hered. vel. act. vend. l.* 1. *C. de nouat.* u) *l. vlt. et penult. C. mand.* x) Conf. MANZIVS *de interpretat. L. Anaſtaſ.*

ſeu actionis emtori totum debitum ſoluendum exigenti exceptionem plus petitionis recte opponere queat y). Hanc enim exceptionem opponi non poſſe, ſi ex iuſta cauſſa atque ſine fraude facta ſit ceſſio atque venditio, etiam pro viliori pretio, palam eſt, quia contra *iniquos redemtores litium* lex Anaſtaſiana lata, qualis is non dicendus, qui ex iuſta cauſſa minus pretium ſoluit z).

Alia ſuſpecta conuentio.

§. XLIX. Nonnullas adhuc conuentionum clauſulas ſuſpectas, atque in L. Anaſtaſianam committentes afferam. Quorſum pertinet conuentio inter cedentem et ceſſionarium, vt hic quidem vilius pro iure ceſſo pretium ſoluat, cedens tamen inducatur, vt ſuo quaſi nomine debitorem conueniat, vel ceſſionarius nomine procuratoris agat a). Quia enim callida ſimulatio fit in *fraudem legis* (§. XI. et XVII.), atque quilibet perſpicere poteſt, actionem, de qua ſermo eſt, nomine proprio ſimulari, merito emtoris intentio pro ſuſpecta habenda.

Colorata donatio ſuſpicionem arguit.

§. L. Idem prædicatum ſuſpicionis conuentioni, qua venditor partem debiti ex *venditionis cauſſa*, alteram vero partem, quæ deeſt iuſto pretio, per *coloratam donationem* in ceſſionarium transfert, tribui poſſe, patet ex *l. 23. C. mand.* in qua pro excludenda fraude legis expreſſe cautum, vt non obſtante hac formula exceptio prædicta (§. XLVIII.) opponi queat. Nonnulli quoque hac vtuntur cautela, vt pretium quidem integrum præſentibus teſtibus cedenti ſoluant, poſtmodum vero ex *conuentione clandeſtina* id ipſum clanculum reſtituatur. Aliquando iniquus redemtor litium inducit creditorem, vt ſimulet, ſe per donationem totum debitum in alterum tranſtuliſſe, cum tamen clam

Item, ſi præſentibus teſtibus integrum pretium ſoluitur.

Interdum ſimulatur, per donationem totum debitum eſſe translatum

y) MEVIVS *P. VIII. deciſ.* 443. z) *Idem P. VI. deciſ.* 228. B. THOMASIVS *in diſſert. de aquit. cerebrin. et exig. vſu pract. L. Anaſtaſiana.* a) MEVIVS *P. VIII. deciſ.* 443.

clam interceſſerit vilius pretium ſolutum. Nonnunquam fingitur *datio in ſolutum*, ac ſi antea debitum inter cedentem et ceſſionarium præceſſerit, cum tamen nullum adfuerit. Quoniam in omnibus hiſce conuentionibus, ad quas emtor callida perſuaſione induxit creditorem cedentem metu litis inſtantis deterritum, aliud fingitur atque aliud agitur (§. XI.), quis eſt, qui non fateatur, tales artes in fraudem prohibitionis L. Anaſtaſianæ ab emtoribus adhiberi lædendi ac circumſcribendi creditoris gratia?

Fingitur datio in ſolutum.

Fideiuſſor non debet plus a debitore petere, quam ipſe creditori ſoluit.

§. LI. Huc quoque referendum eſſe puto, ſi fideiuſſor, qui creditori id, pro quo fidem ſuam interpoſuit, non omne, ſed præuio pacto tantum partem ſoluit, vt tamen apocham, ac ſi totum debitum ſoluiſſet, a creditore extorſerit atque ſub huius culmine a debitore principali totum exigat debitum. Quia enim apud mandatarium nihil ex mandato remanere debet b), fideiuſſor vero mandati actionem aduerſus debitorem principalem inſtituit; palam eſt, ſi fideiuſſor plus a debitore repetere velit, quam re vera pro eodem exſoluit creditori, eum doloſe agere (§. XII.) c). Difficile quidem eſt, adductas ſuſpectas conuentiones probare, non prohibetur tamen is, in cuius fraudem aliquid excogitatum eſt, per *iuramenti delationem* d) veritatem rei eruere e). Legi Anaſtaſianæ ferendæ occaſionem præbuit *lex Cincia*, in cuius fraudem redemtiones litium a callidis patronis cauſſarum exercebantur f); ſicuti quoque ex eadem calliditate pactum de

L. Cincia fuit occaſio legis Anaſtaſianæ.

b) *l. 20. D. mand.* c) MEVIVS *P. III. deciſ.* 342. d) Id quod in omnibus adductis ſpeciebus obſeruandum, cum ſæpe hæ artes ita occultæ ſint, vt aliter erui nequeant. Neque huius iuramenti delatio improbanda, quæ etiam in caſu *doli* admiſſi locum habet, *ciuiliter* ſi agitur.

e) STRYK. *de caut. contr. ſect. IV. cap. 2. §. 12.* f) MÜLLER *ad Struu. exercit. 23. th. 80. lit. A.* BRVMMERVS in comment. elegant. *ad L. Cinciam.*

Digitized by Google

de *quota litis* olim iniri ſolebat, quod tamen hodie non adeo improbatur, poſtquam patroni cauſſarum ad certam quantitatem, pro ſingulis cauſſis accipiendam, adſtringuntur, adeo, vt pactum ſuſpicione nulla laboret amplius. Rarius etiam vſum habebit *legis Anaſtaſianæ* exceptio, quod olim hac cautela vti ſolerent, qui in *legem Cinciam* committere, eius tamen pœnam ſimul effugere tecte intendebant.

P. ctum ſuſpectum de non praſtanda euictione.

§. LII. Ceſſionibus rite factis aliquando hoc adiicitur pactum: *ne præſtetur euictio ceſſæ actionis*, nequidem quoad *veritatem*, ſed *ſuo periculo* emtor ſibi comparet nomen. Hoc pactum vel ideo ſuſpectum videri poterat, quod contra leges videatur initum, quæ non permittunt, *vt emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret* g), licet id, quod intereſt, peti non poſſit h). Equidem MEVIVS *P. IV. deciſ. 44. n.* 3. putat, ſi expreſſe additum fuerit, pretium re euicta ne emtor a venditore petat, hoc efficere, ne etiam pretium repeti poſſit a venditore, re per ſententiam ablata. Hanc tamen renunciationem ſuſpicionis nota laborare ex eo quis colligere poſſet, quod venditor rem alienam ſcienter ceſſiſſe aut vendidiſſe, atque ſic dolose egiſſe præſumatur i). Verum, licet poſterius, ſi circumſtantiæ id ſuadent, non improbem, prius tamen, quod ex *c. l.* adductum eſt, prorſus nego, cum ratio adducta ſit IVLIANI, quam tamen VLPIANVS, citatæ legis auctor, reſpuit, et *emtionem ſpei* hoc modo contractam eſſe arguit, ſi modo *bona fide* actum k).

 §. LIII.

g) *l.* 11. *§.* 18. *D. de act. emt. et vend.*
h) Conf. ANTON. MANGILIVS *de euict. qu.* 79. *n.* 32. STRYK. *in V. M. tit. de her. vel act. vend.* §. 7. vbi hac de re affert præiudicium. CABALLINVS *de euict.* §. 2. *n.* 23. i) *c. l.* 11. *§.* 18. *D. de act. emt. et vend.*

k) Ceu pluribus expoſui in *vindiciis pacti de non praſtanda euictione*: cuius pacti *vindicias repetitas* nuper edidit filius tertio genitus GEORG. LVDOV. BOEHMERVS contra obtrectatorem Heidelbergenſem.

Ceſſio nominum, a Iudæis contractorum, chriſtianis facta non valet. Aliud dicendum, ſi primum nomina a chriſtianis Iudæis ceſſa, et poſtmodum iterum chriſtianis cedantur. Interdum fingitur, ac ſi nomina primum a chriſtianis contracta fuerint.

§. LIII. Prohibitum quoque eſt in LL. imperii, l) ne a *Iudæis* contracta nomina chriſtianis cedantur, quæ ab his exigi nequeunt. Ceterum, ſi originetenus a chriſtianis contracta et Iudæis ceſſa, hæc rurſus chriſtianis cedi poſſe, certum eſt, quod nulla vſuraria prauitate infecta præſumantur. Verum ſæpe ſuſpecta fiunt hæc nomina de colluſione improba, quæ quidem a chriſtianis contracta finguntur, re vera autem a Iudæis originem traxerunt, præcipue ſi debitor poſtea negat, ſe cum chriſtiano hoc nomen contraxiſſe, et ſimulatam eſſe clauſulam, quæ ceſſionis a chriſtiano factæ mentionem iniicit, vrget, probabiliterque docet, ſciente ceſſionario hoc ſimulatum negotium (§. XI. et XX.) ipſum vero nomen primitus cum Iudæo initum eſſe. Quia enim ceſſio a Iudæo facta eſt, præſumitur quoque nomen ab eo contractum eſſe, niſi originem genuinam oſtendere poſſit ceſſionarius. Tales ſuſpiciones infinitis litibus anſam dare ſolent, adeoque vtile foret, vt detecta fraude leges grauiori pœna fiſcali has machinationes, in fraudem legis excogitatas, coercerent, obicemque hoc modo illis ponerent.

Luſus iure Romano prohibiti, non iure Germanico. Hodie tamen paſſim prohibentur.

§. LIV. Pruritus *ludendi* quoque anſam præbuit, varias effingendi conuentionum clauſulas atque ſchemata. Luſus iure Romano prohibitos nouimus, ſicuti multæ contra luſores leges latæ ſunt. m) Equidem iure Germanico maiorem luſus olim habuit licentiam, in primis aleæ, teſte TACITO *de morib. Germanor. cap. 24.* Hodie vero nonnulla reperiuntur ſtatuta, quibus cautum, condictionem illius, quod luſu perditum ſolutum ſit, non quidem locum habere, actionem tamen, ad pecuniam luſu perditam exigendam, denegari. Hoc teſtatur *ordinat. polit. Magde-*

l) *per Receſſ. imp. de an.* 1551. m) *l. 1. et ſ. C. de aleator. l. 1. pr. D. de aleator. l. 2. §. 1. eod.*

debürg. cap. 24. §. 5. ſeqq. Receſſ. imp. de anno 1570. cap. 3. et quidem in der Fuß-Knechts-Beſtallung.

Simulatur, ac ſi pecunia luſu perdita mutuo data ſit; vel etiam dantur litteræ cambiales.

§. LV. Deficiente actione ad pecuniam talem exigendam (§. LIV.) n) luſores hac vtuntur cautela, vt ſimulent conuentionem, qua alter pecuniam ſibi mutuo datam eſſe fatetur, vel litteras cambiales dat creditori. Quod cum aperte in fraudem legis fiat, (§. XVII.) atque aliud quid ſimuletur, (§. XI.) talis conuentio tanquam ſuſpecta reiicienda, ſi ex ſtatu ipſius creditoris liqueat, tam inſignem pecuniæ quantitatem ab eo numerari non potuiſſe, nec debitorem ea indiguiſſe, nullumque finem allegare poſſe, ob quem acceperit mutuam pecuniam, vel dederit cambium. Quocirca ſi vel maxime *chirographum* eo nomine datum eſt, non dubium, quin illud repeti poſſit. o)

Tranſactio ſuper pecunia luſu perdita non immunis a ſuſpicione.

Neque *tranſactionem*, inter colluſores initam, a tali ſuſpicione immunem eſſe, exinde patet, quia eadem ratione in fraudem legis initur, p) vt ſub colore tranſactionis ſubſiſtat negotium, licet nulla cauſſa *media* fuerit. q)

Venditiones et alia quædam negotia prohibita.

§. LVI. Denique venditiones et quædam alia negotia directo a legibus prohibita ſunt, eo quod ſuſpicione *doli* vel *concuſſionis* grauiſſima laborent; nec hoc ſine ratione, quod *vt plurimum* hoc vitium iis adeſſe ſoleat, de quibus leges feruntur. Etenim (I) non licet *ex officio*, quod adminiſtrat quis, emere quid, vel per ſe vel per aliam perſonam; alioquin non tantum rem amittit, ſed et in quadruplum conuenitur emtor; niſi for-

 ſan

n) CARPZOV. *lib. VI. reſponſ. n.* 12. COLER. *P.* I. *deciſ* 173. *n.* 8. o) *l.* 1. *C. de aleator.* Cui congruit *Weichbild. art.* 101. p) *l.* 7. §. 7. *D. de pact.* HEIGIVS *P. II. qu.* 10. *n.* 46. WERNHER. *P. II. obſerv.* 402.

q) Per *l.* 65. §. 1. *D. de condict. ind.* quæ tamen locum non habet, ſi originem ex debito luſorio traxit, quod magis improba concuſſio eſſe videatur, *l.* 1. §. 13. *D. de calumniat.*

ſan ſpecialiter hoc quibuſdam conceſſum fuerit. r) Quocirca tutor vel curator rem pupilli vel minoris, quam *ex officio* vendit, emere prohibetur, quod etiam ad procuratores, et qui aliena negotia gerunt, porrigendum. s) *Palam* tamen, h. e. ſi haſtæ publicæ talis res ſubiecta eſt, et ſic *bona fide* rem pupilli emere tutor non prohibetur, quod talis contractus nulla *ſuſpicione* laboret. t) Eadem ratio fuit, ne creditor pignus poſſit emere, nec per ſe nec per *ſuppoſitam imaginarii emtoris perſonam;* quodſi enim poſterius probari poteſt, non prohibetur debitor, oblata pecunia, creditorem ad reſtitutionem compellere. u) (II) Qui prouinciam ad tempus adminiſtrabant, de concuſſionibus inferendis admodum ſuſpecti erant in negotiis contrahendis, vt hæc, ceu admodum de *concuſſione* ſuſpecta, iis prohibita fuerint. Hoc intuitu interdictæ iis nuptiæ erant cum prouinciali ex *ratione potentatus,* x) h. e. quod ſuſpectum eſſet matrimonium de *concuſſione,* et prouinciales deſideriis magiſtratuum prouincialium reſiſtere non poſſent. Hinc PAVLVS, y) *ſi quis,* inquit, *officium in aliqua prouincia adminiſtrat, inde oriunda vel ibi domicilium habentem vxorem ducere non poteſt, quamuis ſponſare non prohibeatur, ita ſcilicet, vt, ſi poſt officium depoſitum voluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arrhis tantummodo redditis, quas acceperat.* Solebant enim hi magiſtratus parentibus eſſe *terribiles,* z) et *occaſione poteſtatis* a) ab inuitis extorquere nuptias, vt ne quidem reſcriptum principis iis prodeſſet. b) (III) Suſpectiſſimæ præterea erant qualeſcun-

r) *l. 46. D. de contrah. emt. vendit.* s) *l. 34. §. f. D. eod.* t) *l. 5. C. de contrab. emt. vendit.* u) *l. 10. C. de diſtract. pign.* x) Vt dicitur in *l. 63. de rit. nuptiar.* y) In *l. 38. pr. eod.* z) *l. vn. C. ſi rect. prouinc.* a) Vt dicitur in *l. vn. ſi quac. poteſt. praditus.* b) *l. 1. C. ſi ex reſcript. princ. nupt. pet.*

cunque emtiones prædiorum in prouincia, quæ ab his initæ, qui *officii cauſſa* in prouincia agebant vel militabant, c) adeoque prorſus prohibitæ, vt nec per ſuppoſitam perſonam aliquid comparare potuerint; alioquin res vindicari poterat, et æſtimatio fiſco inferenda erat ab emtore. d) Inde tamen (IV) minime inferendum, contractum inter *ægrotantem* et *medicum*, item inter *aduocatum* et *clientem* initum, ſuſpectum et ſic nullum eſſe, quod aduocati et medici ea poteſtate non polleant, vt *terribiles* clientibus et ægrotantibus exiſtant, niſi aliunde ſuſpicionis ratio probabilis adducatur. e) Quocirca merito clientes vel ægrotantes compelli poſſunt, vt fidem datam ſeruent, niſi euidenter *ſuſpicionem obiectam* probare queant. f) Atque hoc eo magis aſſerendum, quo minus ſuſpecti de iure Romano contractus hodie impugnari queunt, quod talis ſuſpicio ex *cauſſa potentatus*, quæ deficit, in eas non cadat. g)

§. LVII. Plures adhuc ſuperſunt ſuſpectæ conuentiones, quod occultæ hominum machinationes in fraudem legis infinitæ ſint, et variis artibus tegi et occultari ſoleant. Verum has conuentionum ſpecies enumeraſſe ſufficit, cum ex his facile de ſimilibus poſſit ferri iudicium.

EXER-

c) *l. 62. pr. de contrah. emt. vend.* d) *l. 46. §. 2. D. de iur. fiſci.* e) *l. 9. C. de profeſſ. et medic.* f) STRVV. *ad Dig. ex. 23. §. 3.* g) BRVNNEM. *ad l. vn. C. ſi quamque poteſt. prædit.* MVLLER. *ad Struu. cit. l. lit. ξ.*

EXERCITATIO XXVIII.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XIV.

DE

IVRE EX PACTO TERTII QVAESITO.

CAPVT I.

DE

IVRIS ROMANI SENTENTIA IN HOC ARGVMENTO.

ARGVMENTVM.

§. *I. Iuris Romani cum iure naturæ nexus. II. Inſtituti ratio. III. Status controuerſiæ. IV. Principia iuris naturæ in pactorum obligatione: V. ex quibus deducitur obligatio pacti, in fauorem tertii initi. VI. Grotii ſententia nec non VII. Pufendorſſii, VIII. ac Thomaſii ſub examen reuocatur. IX. Diſpoſitio iuris Romani in hoc argumento eiusque rationes domeſticæ. X. Prima regula iuris antiqui: nemo alteri ſtipulari vel paciſci poteſt. XI. Nec pignoris obligatio tertio acquirebatur. Singularia in mutuo. XII. Ne pupillo quidem per tutorem obligatio acquirebatur, nec mandanti per mandatarium; XIII. nec ſocio per ſocium, nec tertio per deponentem vel commodantem vel emtorem, nec adiecto. XIV. Altera regula: ex contractu alterius nemo obligatur. XV. Veteris iuris Romani inde deductæ concluſiones. XVI. Prætoria poſterioris regulæ emendatio. XVII. Quare prior regula à prætore non æque ad æquitatis principia reducta ſit? XVIII. Æquior nonnullorum ICtorum huius regulæ interpretatio, Marcelli, Caii, Pauli. XIX. Ob ceſſionum difficultates tandem æquius ius reductum ſub Imperatoribus. XX. Diuus Pius vtiles actiones ex contractu tertii dedit. XXI. Quod illuſtratur contractu procuratoris, nomine mandan-*

Digitized by Google

dantis, inito. XXII. Vtiles actiones ceſſionem ſolemnem non deſiderabant. XXIII. Nouioris iuris vſus oſtenditur in venditione, depoſito, donatione, pignore aliisque contractibus in fauorem tertii initis. XXIV. Iure nouo ergo alteri valide paciſci poſſumus.

§. I.

Hæc præcipua ICtorum Romanorum laus et gloria eſt, quod *rectam rationem* ſeu *principia iuris naturæ* ſolidiſſima in ſuis deciſionibus nunquam, aut raro dereliquerint, ſed iuriſprudentiam hoc lumine magnopere illuſtrarint. Id quod licet per vniuerſam iuriſprudentiam ſeſe diffundat, atque radios ſuos ſpargat; potiſſimum tamen in *negotiis iuris gentium*, quibus maxime vitæ ſocietas continetur, ſeſe exſerit, vt ſegetem ampliſſimam *iuriſprudentiæ naturalis* inde colligere liceat. Sed negari nequit, varia iuris Romani fuiſſe fata, et ICtorum antiquorum a recentiorum, maxime qui a tempore CICERONIS floruerunt, diuerſiſſima ſtudia, ingenia, et iudicia, vt ſi *hos* cum *illis* comparaueris, facile his gloriam reſtitutæ, et ad humanitatem æquitatemque traductæ iuriſprudentiæ demum attribuere, et quaſi propriam dicare poſſis. Illi etenim, legibus duodecim tabb. latis, dum *interpretatione* ius ciuile illuminare voluerunt, rixis et diſputationibus forenſibus forum impleuerunt, ſed neceſſariis præſidiis *philoſophiæ moralis*, et *iuris naturalis prudentiæ* deſtituti ſententias ab æquitate magnopere remotas propugnarunt, propugnatas auctoritate ſua corroborarunt, effeceruntque, vt poſt multas varietates in vſum conſtantem, et certum tandem deducerentur.

ICti Romani ius naturæ in ſuis deciſionibus ſecuti;

non adeo qui ante Ciceronem vixere.

Iuris ciuilis ſtricte dicti auctores,

Ex his ſententiis, vſu forenſi confirmatis, noua *iuris ciuilis* principia ſeu *regulæ* ſub nomine communi *iuris ciuilis* compoſita ſunt, et *ſine ſcripto* aſſumta, probataque, vt auctor eſt POMPONIVS in *l. 2. §. 5. D. de orig. iur.* Nec improbabile eſt, in titulum, *de diuerſis regulis iuris antiqui*, vt rubrica deſignat, potiorem eius partem fuiſſe coniectam, vt felicem interpretem earum agere nequeat, niſi qui *iuris antiqui ciuilis* notitia pleniori inſtructus fuerit. Notauit ſuo tempore atro carbone hunc ICtorum antiquorum næuum CICERO, et *orat. pro Muræna* ait: *Cum permulta præclare legibus eſſent conſtituta, ea ICtorum ingeniis pleraque corrupta et deprauata ſunt.* Alibi expreſſius duritiem harum *regularum forenſium* deſignat, et *ICti*, ait, *in omni iure ciuili æquitatem reliquerunt, verba ipſa retinuerunt,* quo ipſo oſtendit, interpretationem *per æquitatem* ab iis magnopere fuiſſe neglectam, atque eo tempore iuriſprudentiam fuiſſe *triſtem, aſperam,* et *tenebricoſam,* quæ per plures annos, immo per aliquot ſecula regnauit. Lætiorem accepit faciem, ex quo *Prætores* in emollienda eiuſdem duritie ſolliciti fuere, quamuis, vti res ipſa docet, integritatem eiuſdem haud reſtituerint *in vniuerſum.* Hanc demum *ſub imperatoribus* recepit ius ciuile, poſtquam æquitatem a legibus nunquam ſeiungendam eſſe conſtituerunt tum Imperatores, tum ICti, adeo vt eorum dogmata cum iuris naturæ placitis ſedulo conſpirent, atque conſentiant, prout recte cenſet BOECLERVS *in comm. ad Grot. de iur. bell. et pac. in proleg. §. 53.*

per prætores emendati,

et imperatores.

Demonſtratur id ipſum ex præſenti argumento,

§. II. Quæ generatim de vario iuriſprudentiæ noſtræ ſtatu allata ſunt, optime illuſtrari poſſe arbitror ex argumento, quod iam exponere, atque excutere lubuit, atque *de iure quæ-*

ſito

Digitized by Google

ſito ex pacto tertii agit. Huius qui fundamenta *iuris antiqui* euoluit, ea quidem aſpera, dura, et triſtia eſſe facile iudicabit, fundata in hac regula: *nemo alteri ſtipulari vel paciſci poteſt*, ſeu nemo ex ſuo pacto alteri ius perfectum acquirere poteſt, quo nihil magis ab *æquitate* remotum dici poteſt. Quodſi iuris prætorii edicta perluſtramus, obligatio ex pacto tertii in pluribus articulis reſtituta, ſed anguſtioribus adhuc incluſa eſt limitibus. Denique ſi interpretationem prudentum *ſub Imperatoribus* intuemur, emendatam, et nouo quaſi lumine illuſtratam hoc in themate offendimus iuriſprudentiam, vt *antiqui iuris* regula fere deferbuiſſe, et exaruiſſe, ac vſus eius vel rarior vel nullus ſupereſſe videatur. Quæ cum ita ſint, palam eſt, argumentum hoc per tria temporum interualla ſedula cura explicandum, atque eo annitendum eſſe, vt inquiramus (1) quæ fuerit ſententia vera iuris huius antiqui? quæ ratio? quis vſus? (2) quatenus edicta Prætorum illud emollierunt, et ad æquitatem reduxerunt? (3) quid denique eidem noua ICtorum interpretatione et Imperatorum conſtitutionibus additum? qua noua gratia et humanitate emendatum, et perpolitum fuerit? vt fere regulam inuertere et aſſerere poſſis: *quilibet valide alteri paciſcitur*, ſeu quod idem eſt, *ex pacto tertii regulariter quilibet ius perfectum acquirere poteſt*. Id quod quidem *capite primo* expediendum mihi eſt; in eo tamen non ſubſiſtam, ſed *in altero capite* etiam Germanorum antiquum ius in hac materia ex eiuſdem fontibus eruere, et præſentem eius vſum oſtendere, atque contra fluctuantium interpretum ſententiam tueri, conabor.

cuius tria interualla oſtendenda.

§. III. Vt vero ſtatus controuerſiæ recte formetur, ſciendum eſt, (1) ſub *pacto tertii* generatim comprehendi qualemcunque *contractum*, et *conuentionem*, adeoque vocem prædi-

Status controuerſiæ accurate formatur.

 ctam

ctam in hoc argumento in ſenſu ſpecifico et ſtricto haud capi; non tantum enim in materia *pactorum*, ſed etiam *ſtipulationum* potiſſimum regula antiqua vſi ſunt ICti. (2) Pactum *tertii* de pluribus ſubiectis prædicari poſſe, quæ commode tamen in tres claſſes diuidi poſſunt, quarum prior comprehendit eos, qui *mandato* inſtructi ſunt, et ex voluntate *expreſſa* vel *præſumta* dominorum agunt, quales ſunt procuratores, actores, ſyndici, inſtitores, magiſtri nauis, liberi et ſerui in peculio vel ex iuſſu patris vel domini contrahentes, qui non ſibi ſed aliorum intuitu agunt. Altera claſſis eos deſignat, qui *nomine alterius* agunt ex legum et magiſtratuum præpoſitione, vt ſunt tutores curatoresque. Denique vltima ad eos pertinet, qui in vtilitatem, et commodum tertii contrahunt, ſed ſine huius præcedente mandato expreſſo, quamuis *præſumtum* deeſſe non videatur, vt ſunt *negotiorum geſtores*, et qui in *rem tertii* verſum probare poſſunt. (3) De *iure quæſito* hic agi ſeu *facultate* per tertii pactum quæſita, non de *obligatione* ex pacto alterius producta in eo, qui haud pactus eſt; quamuis quod inficias ire nequeam, etiam grauia obſtacula in iure ſuperſint, quatenus quis ex contractu tertii conſtringi et efficaciter ex eo conueniri queat, vt iuris antiqui regula etiam fuerit: *nemo ex contractu alterius obligatur*, pari paſſu cum altera ambulans: *nemo alteri ex contractu acquirit*, vt etiam illius regulæ non penitus negligenda ſit ratio. Denique (4) *ius quæſitum* denotat *ius perfectum*, ex quo facultas agendi efficax naſcitur. Neque enim negabant Romani vnquam, aut dubitabant, quin ex pacto tertii *ius imperfectum* naſci poſſet, adeo vt qui fidem datam non impleret, *honeſtatis* vincula ſoluiſſe dicendus foret, vtpote qui mihi promiſiſſet, ſe Titio in anguſtis rebus et ſqualore carceris conſti-

tuto

Digitized by Google

tuto daturum decem. Qui promiſſum reuocabat, eum peccaſſe contra *regulas honeſtatis*, quilibet facile concedebat; ſed an contra *regulas iuſtitiæ?* id erat, de quo in foro contendebant triſtiori iuriſprudentiæ dediti, *et in antiquis regulis forenſibus* vnice ſeſe volutantes, æquitatemque a iure ciuili ſeiungentes.

§. IV. Expoſui *ſtatum controuerſiæ*, vt inoffenſo pede in hoc argumento progredi liceret. Magnum vero ſine dubio ad illuſtrationem eiuſdem accedet emolumentum commodumque, ſi expoſita prius ſententia *iuris naturæ* oſtenderim, ſecundum eius principia omnino alteri *ius perfectum* ex *contractu tertii* acquiri poſſe. Quod vt demonſtrem, præmittendum eſt, (1) Deum inter homines in vniuerſum *vinculum* aliquod *naturale*, quod FLORENTINVS *cognationem naturalem* in *l. 3. de I. et I.* alii *ſocietatem* vocant, conſtituiſſe, vt inter ſe pacifice et amice agant, conſpirent, et tanquam membra *vnius corporis* concordiam mutuam ſeruent. Hoc recta ratio docet, quæ omnia homini agenda inculcat, quæ eius felicitatem promouent, et *perfectiorem ſtatum* reddunt. Hoc principium agnouere ipſi gentiles, recta ratione ducti concludentes, *homines agere ciues ciuitatis ſupremæ, cuius reliquæ ciuitates quaſi familiæ exiſtant*, vt ait M. AVREL. ANTON. *lib. III. de rebus ſuis* §. *11.* Neruoſe admodum SENECA *epiſt. VII. Omne hoc, quod vides, quo diuina et humana concluſa ſunt, membra ſumus corporis magni: natura nos cognatos edidit, cum eiſdem, et in eadem gigneret.* Inde vero colligit: *Hæc amorem nobis indidit mutuum, et ſociabiles fecit, illa æquum iuſtumque compoſuit: ex illius conſtitutione miſerius eſt nocere, quam lædi.* Immo CICERO *lib. 1. de offic. c. 7.* hoc principium eſſe latiſſimum ait, ſeu, vt eius verbis

Sententia iuris naturæ ante omnia hic eruenda,

cuius principium præmittitur.

vtar,

vtar, *latiſſime patere eam rationem, qua ſocietas hominum inter ipſos et vitæ quaſi communitas continetur.* Inde vero recte colligit *c. 5.* (1) hanc ſancte coli et obſeruari *in tribuendo ſuum cuique, et rerum contractarum* FIDE, quæ, vt ait *c. 7.* fundamentum iuſtitiæ, i. e. *dictorum, conuentorumque conſtantia atque veritas,* ſine qua hæc communis et naturalis ſocietas conſeruari nequit: (2) nos non nobis ſolum natos eſſe, ſed tum patriæ, tum aliis. Ita cenſuit recte et rationes ex principio adducto ſubduxit. IDEM *lib. 1. offic. c. 7.* aiendo: *quæ in terris gignuntur, ad vſum hominum omnia creari, homines autem hominum cauſſa eſſe generatos, vt ipſi inter ſe alii aliis prodeſſe poſſent. In hoc,* pergit, *naturam debemus ducem ſequi, et communes vtilitates in medium afferre, mutatione officiorum, dando, accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus deuincire hominum inter homines ſocietatem.* Denique *lib. III. c. 12. offic.* idem repetit, et, *quemlibet hominibus conſulere ac ſeruire humanæ ſocietati debere, eaque lege natum eſſe,* ait. (3) Inde porro colligit ſapientiſſimus Imperator ANTONINVS *cit. l. lib. III.* §. 4. quemlibet quorumuis curam gerere debere. Ait: *Meminit cognatum rationale eſſe omne, et naturæ rationem ab vnoquoque exigere, vt hominum quorumuis curam habeat.*

ex quo concluſiones formantur.

Ex hoc principio fluit, ius ex pacto tertii acquiri poſſe.

§. V. Hæc *ſocialitatis rationalis* principia, quæ quoſcunque homines inter ſe et nexu conglutinant naturali, quæ monſtrant, quemlibet etiam alterius cauſſa natum, et curam, amoremque erga proximum commendant et inculcant, ſimul euincunt, in commodum et vtilitatem tertii etiam valide contrahi, pactumque iniri poſſe. Cum enim promiſſum obliget ideo, quod ab altero *acceptatum* ſit, et ex ea *acceptatione* ius perfectum,

ctum, ab altero promiſſum exigendi, acquiſiuerit, et ſine promiſſi acceptati implemento *fides humana,* ſolidiſſimum illud humani generis ligamen, iuſtitiæque fulcrum certiſſimum, conſeruari nequeat, conſequens eſt, promiſſum, quod non tantum in *proprium,* ſed etiam in *alterius* commodum et vſum vergit, ſancte ſeruandum, nec promiſſori integrum eſſe, ab eo recedere. Hoc vero vt impetretur, effectumque habeat, præterea neceſſe eſt, vt non tantum *ſtipulanti,* ſed etiam *tertio,* in cuius vtilitatem pactum initum eſt, ius perfectum acquiratur, idque etiam ex voluntate et intentione præſumta paciſcentium, qui id egiſſe videntur, vt *tertio* ius efficax, perfectumque acquiratur, ne alioquin actum inanem, et rem ſine effectu egiſſe cenſeantur. Quid vero impediret, quo minus ius perfectum in tertium ex *voluntate paciſcentium* acquiri poſſet, cuius nomine promiſſum a compaciſcente acceptatum eſſe conſtat? *nihil enim tam conueniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini, vel promittentis, volentis rem ſuam, vel ius perfectum in alium transferre, ratam haberi,* vt recte rationes ſubduxit Imperator in §. *40. I. de rer. diu.* Accedit, quod is, qui rem alterius etiam ſine mandato egit, ex ſua geſtione ei ſe obſtringat, cuius commodum quæſiuit, et conſequenter eius interſit, vt tertio, cuius geſſit negotia, ius erga promiſſorem acquiratur, idque ex æquo et bono, vt etiam leges Romanæ agnouere. *l. 2. D. de neg. geſt.*

Sententia Grotii examinatur,

§. VI. Iuris naturalis interpretes in hoc argumento quodammodo inter ſe diſcrepant, nec in eandem concurrunt ſententiam. GROTIVS *de I. B. et P. lib II. C. XI.* §. 18. diſtinguit *inter promiſſionem mihi factam de re alteri danda, et inter promiſſionem in ipſius nomen collatam, cui res danda eſt. Si mihi,* pergit, *facta eſt*

pro-

promiſſio, omiſſa inſpectione, an mea priuatim interſit, quam introduxit ius Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti ius dari, efficiendi, vt ad alterum ius perueniat, ſi et is acceptet, ita vt medio tempore a promiſſore promiſſio reuocari non poſſit, ſed ego, cui facta eſt promiſſio, eam poſſim remittere. Nam is ſenſus iuri natura non repugnat, et verbis talis promiſſionis maxime congruit, neque nihil mea intereſt, ſi per me alter beneficium acquirat. Sub incudem reuocabo hoc diſtinctionis membrum, antequam ad ſecundum progrediar. Præmitto vero, 1) GROTIVM vnice de obligatione *dandi* ſollicitum eſſe, cum tamen æque *obligatio faciendi* in cenſum veniat. Quid enim, ſi amici mei, cuius ſalus mihi curæ cordique eſt, voluntatem cognitam, exploratamque *generaliter* habens vxorem prouidam, probamque ducendi, eo abſente, et ignorante forte fortuna in amicitiam cum Lucio deueniam, et de matrimonio inter filiam eius, et amici mei ineundo conſilia agitem, et tandem tum Lucium, tum eius filiam Luciliam inducam, vt in futuras nuptias cum amico meo ineundas conſentiant, et hunc in finem pure mihi fidem dent, egoque promiſſum hoc ſimpliciter acceptem, vtpote menti eiuſdem præſumtiuæ conforme, quid cenſendum de efficacia huius pacti? Quod enim iuris eſt de *obligatione dandi*, videtur etiam iuris eſſe de *obligatione faciendi*. 2) Deciſionem ipſam quod concernit, ſi mihi per *acceptationem* ius datur, efficiendi, vt ad alterum ius perueniat, ſi et is conſentit; ſimul efficaciter volo, intendo, eaque neceſſario mente eſſe debeo, vt alter ſtatim me interueniente ius *euentualiter* acquirat, ſi is meum factum ratum habeat. Qui enim vult finem, velle etiam cenſetur media, fini conſequendo idonea. Neque enim ratio ſufficiens ſuppeditari poteſt, quare nolit mihi ſtatim ius acquiri, qui ſuo pacto mihi prodeſſe, ſibique ius acquirere voluit efficiendi, vt

De acceptato promiſſo, vt alteri detur vel fiat.

ad

Digitized by Google

ad me ius perueniat. Naturaliter vero ad hoc ſufficit voluntas ſtipulantis, cum probabiliter credat, alterum voluntatem ſuam ad hoc pactum accommodaturum eſſe. Inde vero fluit, α) medio tempore, i. e. antequam tertii conſenſus acceſſerit, illud promiſſum a ſtipulatore citra iniuriam tertii remitti non poſſe, cui *euentualiter* ius acquirere volui: β) promittentem a ſuo promiſſo medio tempore recedere non poſſe. De altero membro ita cenſet GROTIVS: *Quodſi promiſſio in nomen eius collata eſt, cui danda res eſt, diſtinguendum eſt: an is, qui acceptat, aut ſpeciale mandatum habeat acceptandi, aut ita generale, vt talis acceptatio ei incluſa cenſeri debeat: an vero non habeat? Vbi mandatum tale anteceſſit, diſtinguendum vltra non puto, ſitne perſona ſui iuris nec ne? quod Romanæ leges volunt, ſed plane ex tali acceptatione promiſſionem perfici, quia conſenſus poteſt et per miniſtrum interponi et ſignificari. Velle enim cenſeor, quod in alterius voluntatem poſui, ſi et ille velit.* In hoc facile conſentio cum GROTIO, cuius rationibus etiam addo, re vera meam *acceptationem* in ipſo *mandato* in anteceſſum contineri, cum parum interſit, vtrum ex *poſt facto* id, quod mei intuitu promiſſum eſt, acceptem, an vero *anteuertam* acceptationem, et me declarem conſenſurum in id, quod mandatarius meus cum tertio in meum commodum acturus eſt. Alterum membrum caſum *deficientis mandati* tangit. *Deficiente autem mandato,* pergit, *ſi alius, cui promiſſio facta non eſt, acceptat volente promiſſore, tunc is erit effectus, vt promiſſori reuocare promiſſionem non liceat, antequam is, quem ſpectat promiſſio, eam ratam habuerit, aut irritam: ſic tamen vt medio illo tempore, is, qui acceptauit, remittere promiſſum non poſſit, quia hic non adhibitus eſt, ad ius aliquod accipiendum, ſed ad aſtringendam promiſſoris fidem in ſuſtentando beneficio: ita vt promiſſor ipſe ſi reuocet, faciat contra fidem, non contra ius proprium*

Alter caſus Grotii examinatur, ſi promiſſio in nomen tertii collata,

et deficiat mandatum,

prium alicuius. Paullo obſcurius deſignauit duo ſubiecta, tum *ſtipulatoris*, qui promiſſionem in nomen tertii contulit, tum *tertii*, in cuius vſum pactum initum. Prius ſubiectum deſignauit his verbis: *ſi alius, cui promiſſio facta non eſt, acceptet volente promiſſore*, nomine *tertii* ſcilicet, arbitrando, in membro adducto nihil promitti paciſcenti nomine tertii, ſed tantum *tertio*, cuius nomine acceptatio facta, in quo rurſus diſſentire cogor. Qui pactum init et illud *in nomen tertii* confert citra mandatum, veluti: *promittiſne te Titio bibliothecam tuam poſt mortem reſtituturum eſſe?* vtrumque intendit, vt et *ſibi* acquirat ius, promiſſorem efficaciter adſtringendi: et *Titio*, in cuius nomen concepta promiſſio; parum enim refert, vtrum promiſſor dicat, *promitto Tibi, me Titio poſt meam mortem bibliothecam daturum eſſe:* an vero: *promitto Titio amico tuo, te acceptante, me eidem bibliothecam meam, vbi deceſſero, daturum eſſe*; nam dum acceptat hoc promiſſum, vtrumque ex communi hominum ſenſu intendere videtur, tum vt *ſibi*, tum etiam vt *tertio* ius acquirat, ideo enim pactum init: ideo promiſſum acceptat, quod alterum efficaciter obſtringere velit, pro quo fine obtinendo vtrumque neceſſarium eſt. Neque contradictione carere videtur ratio Grotiana: *quia hic non adhibitus eſt ad ius aliquod accipiendum, ſed ad adſtringendam promiſſoris fidem in ſuſtentando beneficio.* Si enim adhibitus eſt, *ad adſtringendam promiſſoris fidem in ſuſtentando beneficio*, ius omnino acquirere debuit, mediante quo adſtringere queat fidem promiſſoris in dando beneficio, adeoque hic caſus a priori non adeo differt, niſi quod hic *explicite* promiſſio in nomen tertii collata, in *priori* autem caſu magis *implicite.* Denique GROTIVS *in* §. *ſeq.* 19. etiam eum caſum tangit, ſi onus adiectum eſt pacto *in fauorem tertii*, vtpote ſi dono cuidam fundum, vt ſine liberis decedens eum reddat fratri donatoris,

Quid ſi onus pacto adiectum in fauorem tertii?

Digitized by Google

toris, quæritur: vtrum hóc onus reuocari poſſit, antequam a tertio acceptatum fuerit? ait GROTIVS: *onus autem in commodum tertii adiectum promiſſioni reuocari poterit*, (ab adiiciente) *quamdiu a tertio acceptatum non erit.* Hic caſus a priori, vbi tantum in fauorem tertii ago, in hoc recedit, quod in hoc *de re mea* diſpono primario, et alterum dumtaxat adſtringere intendo, vt oneri adiecto moram gerat: me autem *tertio* abſolute obligare nolui, niſi poſtquam is, ad meam relationem, in donandi conditionem conſenſit. Ceterum ſi eam haud reuocat: ſi in eadem voluntate ſubſiſtit vſque ad extremum vitæ halitum, heredibus haud erit integrum reuocare onus, quod defunctus ſancte obſeruandum eſſe voluit, ſi vel maxime conditio donationi addita demum poſt mortem tertio innoteſcat; quia reuocandi facultate per mortem extincta, tertio ius certum et radicatum quæſitum eſt.

§. VII. PVFENDORFFIVS *lib. III. de iur. nat. et gent. C. IX. §. 5.* diſtinctionem Grotianam ſequitur, abſtrahendo tamen ab eo caſu, ſi quis *mandato* a tertio inſtructus eſt, quia hic caſus nullam adeo dubitandi rationem habet, *cum velle cenſeamur, quod in alterius voluntate poſuimus.* Sed primum diſtinctionis membrum aliter explicat in caſu, ſi quis dixerit: *promitto tibi, me Seio daturum*, qui continet *promiſſionem mihi factam de re alteri danda vel præſtanda.* Hunc fere eo redire arbitratur: *Ego Seio dabo, ſi tibi placuerit. Hic ſane* pergit, *in tuo videtur eſſe arbitrio, deriuare id promiſſum velis in Seium, an vero recuſando id intercipere, ſaltim ne illud per te ad ipſum perueniat.* Facile admitto, ſi expreſſe *hac formula* facta eſt promiſſio, ex voluntate acceptantis, vtrum velit promiſſum deriuare in Seium, an id remittere offerenti, dependere, quia id ipſum *beneplaciti* ratio, quod inſtar *precarii*

Puſendorffii doctrina examinatur.

 eſt,

eſt, poſtulat. *l.* 4. *D. locat.* Enimuero hunc ſenſum pacti adducti *in genere* eſſe, eo minus aſſerere poſſum, quod hoc pacto alteri *ſimpliciter* prodeſſe intendo, niſi eius efficaciam a mea voluntate vnice ſuſpenderim. Hoc vero minime ab eo factum intelligitur, qui in alterius vtilitatem *ſerio*, et *cum effectu pleno* contrahere voluit, vtpote qui vnice intendit, id tertio præſtari, quod in rem eius acceptauit. Tertio autem etiam *ius* acquiri *perfectum* poſſe, recta ratio docet, vt compaciſcenti id remittere haud amplius integrum ſit, prout §. V. vberius explicui. Alterum caſum, quo concepta eſt promiſſio in ipſius nomen, cui res danda, hoc modo exponit: *promitto ſeu aſſeuero, te teſte, me Seio daturum*, additque: *hoc caſu, neque tibi ius quæſiuiſti, neque Seio, qui actionem tuam pro tua non agnoſcit. Vnde nihil intereſt, vtrum interueniens teſtis promiſſo annuat, vel non; quippe quod in ipſius perſonam non fuit collatum. Et promiſſor, quia per acceptationem Seio ius non eſt quæſitum, reuocare promiſſum poteſt citra iniuriam, etſi non ſemper citra violationem conſtantiæ et veracitatis.* Admitto in formula allata haud obligari promittentem, quia in ea non pactum ſed *nuda aſſertio*, cuius tu dumtaxat *teſtis* adhibitus es, continetur, ſine vlla, neque *tua* neque tertii *acceptatione*, ſine qua ius nullum produci, nec pactum concipi poteſt, adeoque hic caſus ab argumento præſenti alienus eſt, quod agit *de iure ex pacto tertiis quæſito*, atque *verum* præſupponit *pactum*, non *nudam aſſertionem*, *aſſeuerationem*, aut *ſimplicem affirmationem*. Neque aliud dicendum, ſi vel maxime *promittentis* verbo vtatur, quod in laxiori ſignificatione etiam *ſimplici aſſertioni* conuenit. Enimuero in *diſtinctione Grotiana* neceſſario *acceptationem* nomine *tertii* præſupponere debui, quod alioquin hoc diſtinctionis membrum ad *quæſtionem principalem* haud ſpectaret. Quid? quod

Digitized by Google

quod ipſe GROTIVS in verbis adductis *acceptationem* præſuppoſuerit, prout plenius §. *VI.* indicaui, indeque collegi, hunc a primo caſu non adeo differre, vt PVFENDORFFIVS mentem Grotianam non ſatis aſſecutus videatur.

B Thomaſii doctrina ſecundum ius naturæ.

§. VIII. B. THOMASIVS *lib. II. iuriſpr. diu. c. 7. §. 119.* in primo *membro Grotiano*, quo quis mihi promittit, ſe Titio daturum, rurſus diſtinguit cum ICtis Romanis, an eius, cui promiſſio eo modo facta eſt, interſit, tertio dari nec ne? vt poſteriori inefficax ſit promiſſio, non priori, veluti ſi paciſcar tecum, vt Saluſtio dones centum, quo debitum mihi ſoluere poſſit. Hoc caſu enim mihi obligaris, quod mea interſit, Saluſtio dari centum; hic autem nullum ius acquirere dicitur, quod diſpoſitio de *iure alieno* non valeat. Qua de cauſſa ſi non interſit paciſcentis Titio dari, nihil actum eſſe volunt etiam ſecundum iuris naturæ principium, quod reſpectu *paciſcentis ſit* diſpoſitio pro alio de eius iure, quæ naturali ratione inutilis eſt, nec is obligationem acquirat, quod is non in commodum ſuum ſed *tertii pactus ſit*. Ita cohæret philoſophia eorum, qui iuris Romani principium cum B. THOMASIO ex iuris naturæ præceptis deducunt. Quia vero iam antea obſeruaui, *de iure tertii* in vſum et commodum tertii in tantum diſponi poſſe, vt euentualiter ius eidem acquirat, quod præſumendum ſit, eum omnino approbaturum eſſe, vt ego commodis eius quomodocunque inſeruiam, a me impetrare non potui, vt, ſi rem ad *æquum* et *bonum* referam, in hanc ſententiam irem. Ipſi ICti Romani, humaniori iuriſprudentiæ operam nauantes, agnouerunt, principium adductum ab *æquo* et *bono* abire, adeoque eius vſum per infinitas limitationes exhauſerunt, vt rariſſime illud

Digitized by Google

in vſum deduci queat. Neque aſſeri poteſt, nón aliter valere pactum, quam ſi ratione *patrimonii* ſui interſit paciſcentis, Caio hoc vel illud dari, quia ſemper intereſt paciſcentis, vt promiſſum tertio præſtetur, ſi non intuitu ſui *patrimonii antecedenter*, *conſequenter* tamen, quod eo ipſo, quo pactus ſum, mea interſit, ne decipiar, et tertius, cui prodeſſe volui, fallatur. Quid enim, ſi mox tertio, quæ in rem eius egi, indicaui: ſi ille grata mente factum meum approbauit, laudauitque: ſi ego fidem meam deſuper interpoſui: vtrum ſalua *æquitatis ratione* promiſſor a *fide data* reſilire poteſt mihi opponendo: *tua non intereſt,* cum tamen mea interſit ob fidem interpoſitam: tertio obiiciendo: *tibi nihil promiſi*, cum tamen interuentu paciſcentis illi promiſerit, isque promiſſum acceptauerit. Nec diſpoſitio de *iure tertii* abſolute eſt inualida, ſed illa demum, quæ in eius detrimentum vergit, non quæ eius commodum promouet, et *voluntate præſumta tertii* ſubnixa atque ſuffulta eſt. Quodſi præter ſpem et cogitationem tertius meum factum non approbat, tum demum inanis redditur promiſſio, quia iam mea non intereſt, promiſſum adimplèri, quod tertius acceptare recuſat. Tam diu ergo in ſuſpenſo eſt obligatio, donec tertius ſuam voluntatem, quæ interim *præſumtione iuris* ſubnixa eſt, declarauerit, quia facta ea ſub conditione: *ſi et tertius voluerit.*

Diuerſa iuris Romani diſpoſitio,

§. IX. Hoc *æquitas*, hoc *recta* ſuggerit *ratio*, ſi ab omni lege poſitiua abſtrahimus. Ius ciuile Romanum non eadem aſſumſit principia, non quod contra *ius naturæ* quidquam inducere voluerit, ſed quod proprias, domeſticasque rationes habuerit, quibus aſſumtis, tertius ex *pacto* ſtipulatoris nihil acquirere valide poterat. Id quod vt accurate oſtendam, 1) diuerſa

ex propriis cauſſis,

uerſa iuriſprudentiæ interualla ſunt diſtinguenda, atque inquirendum: quæ fuerit *antiquioris iuriſprudentiæ* ſententia, ex prudentum *philoſophia forenſi* nata, quam κατ᾽ ἐξοχὴν *ius ciuile* dixere? quæ *iuris prætorii*, ius hoc emendantis, et ad æquitatem reducentis doctrina? quæ denique *recentioris* et *humanioris* lumina, quibus *ſub Imperatoribus* in primis hoc argumentum illuſtrarunt, et ad æquitatem magis reduxerunt. 2) Obſeruandum præterea eſt, ICtos *ius ciuile antiquum* adeo ſancte coluiſſe, atque in pretio habuiſſe, vt regulas eius non vbique dehererent, ſed in ore quidem adhuc haberent, tot tamen limitationibus reſtringerent, vt exiguus regularum vſus in foro ſupereſſet; id quod in fine huius capitis, recenſione omnium membrorum facta, in hoc argumento demonſtrandum erit. *ſecundum diuerſa iuriſprudentiæ interualla.*

§. X. Videlicet *iuris antiqui* regula erat: *Alteri ſtipulari nemo poteſt, præterquam ſi ſeruus domino, filius patri ſtipuletur.* §. 4. *I. de inutil. ſtipul.* Exceptionis ratio peculiaris erat, quod inter has perſonas crederetur *moralis identitas*, et ſic pater voce filii, dominus voce ſerui loqui crederetur, quorum inſtrumento pater vel dominus contraxiſſe dicebatur. Ratio huius dogmatis in *l. 38. §. 17. D. de verb. obl. et §. 18. Inſt. de inutil. ſtipul.* hæc traditur: *inuentæ ſunt huiuſmodi obligationes ad hoc, vt vnuſquiſque ſibi acquirat, quod ſua intereſt; ceterum vt alii detur, mea non intereſt.* In ſtipulationibus quidem peculiaris aderat ratio, quod *verbis nuncupatiuis* conciperentur, ex iiſque omnem caperent obligationem. Tertius ergo, qui verba talia non adhibuerat, inde nullum ius acquirebat, nec ſtipulator etiam inde ius agendi habebat, quod eius non intereſſe crederetur, alteri dari, adeoque ei obſtaret exceptio: *tua non intereſt,* *Iuris antiqui regula, in ſtipulationibus,*

tereſt, quæ repellebat omnem agentem. Ideo autem non intereſſe credebatur ſtipulatoris, quod in rem eius non vergeret hæc ſtipulatio, vnde omne id, quod intereſt, æſtimabatur. Verum latius patebat hæc regula, nec vnice reſtringebatur ad *ſtipulationes*, quod etiam adducta ratio oſtendit. Generalius proinde QVINTVS MVTIVS SCAEVOLA *in l. 73. §. 4. de R. I.* hanc tradit regulam, ad omnes contractus pertinentem: *nec paciſcendo, nec legem dicendo* (veluti vt res donata tertio poſt tempus reſtituatur, quam legem rei meæ donatæ dico) *nec ſtipulando quiſquam alteri cauere poteſt.* Repetit hoc principium iuris generale HARMENOPVLVS *in promt. iur. lib. I. tit. 9. §. 22. nec paciſcendo, nec ſtipulando quiſquam alteri cauere poteſt.* Ex hac doctrina antiqua PAVLVS in *l. 11. D. de oblig. et act.* hanc tradidit regulam: *quæcunque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem actum noſtrum efficiunt. Et ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, vt alter ſuo nomine recte agat, poſſumus.* Applicat hanc ipſam VLPIANVS in *l. 11. §. 6. de pignorat. act.* ſpeciatim ad contractum pignoratitium: *per liberam perſonam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo vt ne per PROCVRATOREM plerumque vel TVTOREM acquiratur, et ideo ipſi actione pignoratitia conuenientur.* Admittit tantum ICtus, pignoris nobis obligati *poſſeſſionem* nos per procuratorem vel tutorem apprehendere poſſe; *ipſam autem obligationem*, addit, *libera perſona nobis non ſemper acquiret.* aliam concluſionem ex hoc principio format ICtus PAVLVS in *l. 126. §. 2. D. de verb. obl.* in caſu, quo creditor ſcripſerat, ſe a Iulio Zoſa, rem agentem Iulii Quintiliani abſentis denaria mille mutua, *quæ dari Quintiliano, hæredive eius Kalendis Nouembris, quæ proximæ ſunt futu-*

et pactis quibuſcunque.

futuræ, ſtipulatus eſt Zoſa. Quæſitum fuit: vtrum Quintilianus ex *Zoſæ liberti ſui ſtipulatione* agere poſſit nec ne? Reſpondit ICtus: *per liberam perſonam, quæ neque iuri noſtro ſubiecta eſt, neque bona fide ſeruit, obligationem nullam acquirere poſſumus.* Nec obſtabat, quod libertus ſtipulatus eſſet patrono, inter quos nexus quidam adhuc ſupererat, quia libertus etiam vt alius libertate gaudebat, nec *identitas* talis inter eum, et patronum, quæ inter dominum et ſeruum erat, deprehendebatur. Inde ICtus ait: *quod libertus patrono dari ſtipulatus eſt, inutile eſt: vt nec ad ſolutionem proficiat adiecto abſentis; cui principaliter obligatio quærebatur.* Palam erat, ſi quis *ſibi aut Titio* dari ſtipulatus erat, Titio quidem *ſolutionem* valide fieri, non autem debitum ab eo recte peti potuiſſe, §. 4. *Inſt. de inut. ſtipul.* quod tertio ſtipulari nemo poſſet ad effectum acquirendi ius agendi. Verum ad caſum propoſitum ne quidem hæc doctrina quadrabat, vt patrono recte ſolui potuiſſet, quod in adducta ſpecie liberto *principaliter* obligationem acquirere intenderit, non vero eum tantum vt *procuratorem* ad *ſolutionem* accipiendam obligationi a ſe acquiſitæ adiicere voluerit. Nec enim prius valebat, quod ſtricto iuri aduerſabatur; nec poſterius, quod libertus haud intenderat, cum tamen omnis actus ex intentione paciſcentium æſtimandus ſit. Pariter hæc doctrina generaliter propoſita et reguſtata eſt in *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir.* quæ pleno lumine hoc argumentum illuſtrat. Aiunt DIOCLETIANVS et MAXIMINVS: *excepta poſſeſſionis cauſſa* (quæ facto ſimplici natura acquirebatur) *per liberam perſonam, quæ alterius iuri non eſt ſubdita, nihil acquiri poſſe, indubitati iuris eſt. Si igitur procurator non ſibi, ſed ei, cuius negotia adminiſtrabat, redintegratæ rei vindicationem pactus eſt, idque pactum etiam ſtipulatio inſecuta eſt: nulla domino obligatio acqui-*

ſita eſt. Ex eodem fonte fluxit generalis regula tradita in §. 5. *I. per quas perſ. cuiq. acquir. per extraneam perſonam nihil acquiri poſſe* quod admodum graue et impeditum videtur, ſed iuris Romani rationibus admodum conueniens, vt paullo poſt obſeruabimus. Interim inde liquet, 1) ex pacto tertii *ignoranti* nihil acquiſitum fuiſſe: 2) immo nec domino ex pacto *procuratoris*, ad acquirendam obligationem inſtructi, quod magis adhuc recedit a ratione naturali, adeoque palam eſt, rationem ciuilem hic impedimento fuiſſe, non naturalem: 3) poſſeſſionem per alium acquiri potuiſſe, quod ea, quæ actu mero naturali acquiruntur, quorum in numero eſt poſſeſſio, per quemlibet volentibus nobis acquirere poſſimus. *l.* 53. *de acquir. domin.*

Vnde 1) nec pignoris obligatio tertio acquirebatur.

§. XI. Inde vero concludebant, I) ne quidem *pignoris obligationem* per alium, veluti *procuratorem*, acquiri nobis potuiſſe *l.* 11. §. 6. *de pignor. act.* Nec mutabat, quod conſtitutum erat ab ALEXANDRO SEVERO in *cit. l.* 1. *C.* poſſe per liberam perſonam acquiri poſſeſſionem, cuius translatio in pignore adeſt, *l.* 9. §. 2. *l.* 35. §. 1. *D. de pignor. act.* adeoque, ea translata, ſimul pignoris obligationem acquiſitam tertio fuiſſe. Reſpondet ICtus, admittendo, poſſeſſionem *pignoris obligati* acquiri domino, qui procuratorem dederat, potuiſſe, ſed non *obligationem*, quod iuris antiqui ratio impediebat. Idem IVSTINIANVS in *l.* 2. *C. per quas perſ. nobis acquir.* repetit, aiendo: *ex hypotheca aut pignore eorum, quæ procuratori data vel ſuppoſita ſunt, dominis contractus non acquiritur*, niſi demum *ceſſione* interueniente, non *ipſo iure* ſine *ceſſione.* Inde vulgatum aſſertum, BARTOLO tribuendum: *obligationes perſonales tam actiuas quam paſſiuas inhærere oſſibus contrahentium*, adeoque *per ceſſionem* demum eaſdem transferri. *l.* 16. *inſ. de pecul.* II) Idem quoque in mutuo recipiendum et conſtituendum

2) Exceptio

Digitized by Google

endum ſtricto iure fuiſſet. Etenim *ſi nummos meos tuo nomine dedero veluti tuos abſente te, et ignorante*, vel etiam *te volente*, quærebatur: cui acquireretur condictio? ſtricto iure acquirenda numeranti, non tertio, quod per liberam perſonam actio perſonalis alteri acquiri non poſſet, vt FABER *in ration. ad l.* 9. §. 8. *D. de reb. cred.* recte obſeruat. Enimuero in hac ſpecie a iure veteri diſceſſio facta erat, idque propter *vtilitatem commerciorum*, adeoque ad *ius ſingulare* refertur, prout in genere in *l.* 15. *de reb. cred.* aſſeritur: *ſingularia quædam*, quæ a regula recedunt, *recepta ſunt circa pecuniam creditam.* Ad hæc merito referendum, quod in ſpecie adducta *tertio* acquiratur *ipſo iure* condictio, cuius nomine pecunia a me data erat, ſiue mandatum habuerim, ſiue abſque mandato tuo nomine dederim. Addit ICtus in *cit. l.* 9. §. 8. *cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poſcamus, vel noſtro nomine creditor meus, et futuro debitori noſtro.* Duo hic obſeruo: α) propter frequentiſſimum pecuniæ creditæ vſum et publicam vtilitatem hoc *ius ſingulare* eſſe receptum, contra regulas iuris communis, vt EDMVNDVS MERILLIVS ad *tit. de reb. cred.* et quidem ad *cit. l.* 9. recte obſeruat. (vid. *tom. III. theſ. iur. Rom. p.* 666.) *Quod enim fit quotidie renitente aliquo modo iuris ratione, facile tamen permittitur et tranſit in ius commune propter vtilitatem publicam*, vt apprime ait FABER in *ration. ad cit. l.* 9. Quia vero in ſolo *mutuo, qua tali*, hoc receptum erat, inde aliud dicendum, ſi præterea alia obligationis cauſſa concurrebat, vtpote *numeraui tibi decem, et hæc alii ſtipulatus ſum, nulla erit ſtipulatio*, per *l.* 9. §. 4. *eod.* quod in ſtipulatione hoc *ius ſingulare* haud receptum eſſet, ſed in ſolo *mutuo*. *An ergo condicere per hanc actionem poſſim, quaſi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus eſt, i. e. numeratione; altero verbis, i. e. inutiliter, quoniam alii ſtipulari non potui? Et puto*

ſingularis fuit in mutuo.

 poſſe.

Digitized by Google

poſſe. Datur ergo *condictio ex mutuo*, non *condictio certi ex ſtipulatu*, quod ſtipulatio inutilis ſit. Eandem quæſtionem mouit PAVLVS in *l.* 126. §. 2. *de verb. obl.* vbi præmittit *ius ſingulare in mutuo: plane ſi liber homo noſtro nomine pecuniam daret vel ſuam, vel noſtram, vt nobis ſolueretur, obligatio nobis pecuniæ noſtræ acquireretur.* Addit tamen, ſtipulationem ſubiectam de pecunia aliis reſtituenda inanem eſſe. Quærit vero, *an ex numeratione ipſe, qui contraxit, pecuniam creditam petere poſſit? nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem ſtipulamur, non duæ obligationes naſcuntur, ſed vna verborum.* Hæc erat ratio dubitandi. Decidendi vero mox ſubiicit: *plane, ſi præcedat numeratio, ſequatur ſtipulatio, non eſt dicendum, receſſum a naturali* ſeu originaria *obligatione*, et ita negat, vnam tantum adeſſe obligationem. Tertius vero condictione non vtebatur, ſed ipſe numerans. Non ille, quod ipſi numerationi hæc lex dicta non fuiſſet, vt alii ſoluerentur nummi, ſed ſtipulatio tantum in tertium directa eſſet, quamuis fruſtra. Standum itaque in regula, vt numerans ex *naturali obligatione* repetere nummos poſſet, cui acquiritur actio regulariter. β) Obſeruo, verba *cit. l.* 9. §. 8. finalia: *meus eſt*, ſine dubio corrupta eſſe, cum ſenſum non habeant, quæ HALOANDER ita reſtituit: *Vt noſtro nomine creditor* NVMERET *futuro debitori noſtro.* DIONYSIO GOTHOFREDO hæc lectio haud arridet, quod vox *creditor* hic otioſa videatur, cuius rationem non video. Recte enim aſſerere poſſum, eum meum fieri *creditorem*, qui meo nomine alteri tanquam *futuro meo debitori* ſoluit pecuniam ſuam, quia refundere eam ipſi teneor, quam *in rationes meas* tanquam creditor meus refert: **er ſetzet es auf mein** Conto, vt loqui ſolemus. IOSEPHVS NERIVS *lib. I. analect. c.* 14. (*tom. II. theſ. iur. Rom. pag.* 345.) aliam adhuc ſubſtituit lectionem æque probabilem,

vt

vt loco: *meus eſt*, legendum ſit *incuſet*, quod litteræ ipſæ proxime conſpirent. *Incuſare* enim iuxta NERIVM dicitur creditor, *qui rationibus ſummam referens, imputat noſtro nomine futuro debitori noſtro*, quamuis hæc locutio inuſitatior ſit. Denique quia *indebite ſolutum* proxime ad *mutuum* accedere credebatur, inde eandem doctrinam etiam in *condictione indebiti* receperunt, veluti ſi indebitam pecuniam pro alio per ignorantiam facti quis ſoluerat, hanc is, cuius nomine ſoluta erat, repetere poterat. *l. 6. C. de cond. indeb.*

§. XII. Colligebant inde quoque (III) per *tutorem* et *curatorem* obligationem ne quidem *pupillo* acquiri poſſe. *l. 11. §. 6. D. de pignor. act.* Quamuis enim in *l. 157. pr. de cond. indeb.* PAPINIANVS diuerſum conſtituat in *condictione indebiti*, tutore indebitum nomine *impuberis* numerante, id tamen pertinebat ad ius ſingulare, quod *indebite ſolutum mutuo* accederet, de cuius ratione peculiari antea vidimus. Regulariter intuitu pupilli in regula, quamuis dura et aſpera, ſubſiſtebant, quod indigitant DIOCLETIANVS et MAXIMINVS in *l. vlt. C. quand. ex fact. tut. vel curat. minor. ager. vel conuen. poſſ. per tutorem pupillo actio, niſi certis ex cauſſis, quæri non poteſt*, cum tamen tutor pupillo datus eſſet, vt omnia eius nomine ageret et acquireret: quid itaque impediret, quo minus actio per tutorem quæreretur pupillo? Videlicet ſola veteris iuris duriſſimi ratio obſtabat, adeoque conſultius erat, vt pupillus ipſe, ſi præſens eſſet, eiusque ætatis, vt, quod ageret, intelligeret, contraheret, *tutore auctore*, et ſibi *directo* ex ſuo contractu acquireret. Longe vſitatius olim apud Romanos ſine dubio fuit, vt ipſe potius pupillus, quam vt tutor nomine pupilli contraheret. Poſterius multis inuolutum erat difficultatibus, quod pupillo actio directa non acquireretur, nec pupillus indi-

3) Ne quidem per tutorem acquirebatur obligatio pupillo.

 ſtin-

Digitized by Google

ſtincte obligaretur ex contractu tutoris: in priori ſpecie vero omnes hi ceſſabant ſcopuli, adeo vt hic modus contrahendi merito omnibus commendaretur. (IV) Pariter nec mandanti per mandatarium actio acquiritur, etiamſi hic non ſibi, ſed ſuo domino fuerit ſtipulatus, quam concluſionem plenius explicuit HERTIVS *de obl. mandant. et mandatar. contempl. tertii* §. 2. PAPINIANVS eam illuſtrat in *l. 49. in f. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* exemplo actionis ad euictionem, aitque: *euictionis actio domino contra venditorem inuito procuratore non datur, ſed per actionem mandati eam cedere cogitur.* Solebant emtores *euictionem duplæ* ſtipulari, quam ſine dubio ICtus intelligit, in caſu, ſi quis per *procuratorem* mandato inſtructum emerat. Etenim ſi vel maxime procurator ſtipulatus fuerat: *promittiſne euictionis nomine duplum mihi dare?* tamen ne ſic quidem huic acquirebatur actio *ipſo* iure; ſed demum *facta ceſſione*, ad quam cogi poterat procurator. Pariter qui mandatum ſuſcepit, *vt pecuniam in diem collocaret, isque hoc fecerit*, mandati conueniendus eſt, vt cum dilatione temporis actionibus cedat, vt ICtus in *l. 43. D. mand.* decidit. Ex eodem principio concludit in *l. 45. pr. eod.* *Si mandato meo fundum emeris, vtrum cum dederis pretium, ageres mecum mandati, et antequam des; vt neceſſe habeas, res tuas vendere? et recte dicetur, in hoc eſſe mandati actionem, vt ſuſcipiam obligationem, quæ aduerſus te venditorem competit. Nam et ego tecum agere poſſum, vt præſtes mihi aduerſus venditorem emti actiones.* Plana eſt hæc deciſio, quæ docet, α) ne quidem mandantem ex contractu mandatarii obligatum fuiſſe tertio, licet actione mandati contraria a mandatario cogi potuerit, vt, venditore ex contractu forſan agente, mandans obligationem ſuſcipiat, et mandatarii vices, actione mota, ſubeat: β) man-

4) *Nec mandanti per mandatarium.*

Digitized by Google

β) mandantem eodem modo ius perfectum agendi contra venditorem ex contractu mandatarii *ipſo iure* non acquiſiuiſſe, ſed actione mandati directa mandatarium compellere potuiſſe, vt præſtaret aduerſus venditorem emti actionem, quod durum et ab æquitate alienum, cum tamen mandatarius ex voluntate mandantis contraxerit, et venditor ſub hac qualitate negotium cum eo egerit. Vtrumque quoque planum et exploratum eſt ex *l. 45. §. 2. D. mand.* vbi ICtus ſequentem proponit caſum: *ſi, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiſeris, et antequam ſoluas, dicendum eſt, te agere poſſe, vt obligationem ſuſcipiam,* quoniam tua intereſt, vt libereris obligatione ſuſcepta, in tua perſona radicata, *aut ſi nolit creditor obligationem mutare, cauere tibi debeo, defenſurum te.* Adeo ergo mandatarius, vel negotiorum geſtor obligatus erat creditori, vt ne quidem hic cogi poſſet, loco eius dominum debitorem accipere. Addit ICtus in *cit. l. 1. §. 5. eod.* rationem hanc: *ſicut mandante aliquo actionem nacti* (quam ex contractu mandatarius ſibi acquirebat,) *cogimur eam præſtare iudicio mandati,* quod ipſo iure in mandantem non tranſeat; *ita ex eadem cauſſa obligatos, habere mandati actionem, vt liberemur,* ab obligatione ex contractu ſuſcepta. Denique idem illuſtrat *l. 8. §. 5. D. mand.* quæ docet, hoc ineſſe mandati iudicio, *vt ſibi cedat actiones mandatarius,* quas habet aduerſus eum, a quo mandantis voluntate rem comparauit.

§. XIII. Pariter (V) ſocius per ſocium contrahentem *ipſo iure* non acquirebat actionem, ſi vel maxime ſocietati præpoſitus fuiſſet, *l. 1. D. de inſtit. act.* LAVTERBACH *de ſocior. oblig. quæ oritur ex conuent. cum extran. inita c. III.* §. 12. adeoque etiam hic *ceſſio* erat neceſſaria regulariter, *l. 2. de inſt. action.* *Nec 5) ſocius per ſocium obligationem acquirit.*

adeo

Digitized by Google

ſtincte obligaretur ex contractu tutoris: in priori ſpecie vero omnes hi ceſſabant ſcopuli, adeo vt hic modus contrahendi merito omnibus commendaretur. (IV) Pariter nec mandanti per mandatarium actio acquiritur, etiamſi hic non ſibi, ſed ſuo domino fuerit ſtipulatus, quam concluſionem plenius explicuit HERTIVS *de obl. mandant. et mandatar. contempl. tertii* §. 2. PAPINIANVS eam illuſtrat in *l. 49. in f. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* exemplo actionis ad euictionem, aitque: *euictionis actio domino contra venditorem inuito procuratore non datur, ſed per actionem mandati eam cedere cogitur.* Solebant emtores *euictionem duplæ* ſtipulari, quam ſine dubio ICtus intelligit, in caſu, ſi quis per *procuratorem* mandato inſtructum emerat. Etenim ſi vel maxime procurator ſtipulatus fuerat: *promittiſne euictionis nomine duplum mihi dare?* tamen ne ſic quidem huic acquirebatur actio *ipſo* iure; ſed demum *facta ceſſione*, ad quam cogi poterat procurator. Pariter qui mandatum ſuſcepit, *vt pecuniam in diem collocaret, isque hoc fecerit*, mandati conueniendus eſt, vt cum dilatione temporis actionibus cedat, vt ICtus in *l. 43. D. mand.* decidit. Ex eodem principio concludit in *l. 45. pr. eod.* *Si mandato meo fundum emeris, vtrum cum dederis pretium, ageres mecum mandati, et antequam des; vt neceſſe habeas, res tuas vendere? et recte dicetur, in hoc eſſe mandati actionem, vt ſuſcipiam obligationem, quæ aduerſus te venditorem competit. Nam et ego tecum agere poſſum, vt præſtes mihi aduerſus venditorem emti actiones.* Plana eſt hæc deciſio, quæ docet, α) ne quidem mandantem ex contractu mandatarii obligatum fuiſſe tertio, licet actione mandati contraria a mandatario cogi potuerit, vt, venditore ex contractu forſan agente, mandans obligationem ſuſcipiat, et mandatarii vices, actione mota, ſubeat:

4) Nec mandanti per mandatarium.

β) man-

β) mandantem eodem modo ius perfectum agendi contra venditorem ex contractu mandatarii *ipſo iure* non acquiſiuiſſe, ſed actione mandati directa mandatarium compellere potuiſſe, vt præſtaret aduerſus venditorem emti actionem, quod durum et ab æquitate alienum, cum tamen mandatarius ex voluntate mandantis contraxerit, et venditor ſub hac qualitate negotium cum eo egerit. Vtrumque quoque planum et exploratum eſt ex *l. 45. §. 2. D. mand.* vbi ICtus ſequentem proponit caſum: *ſi, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiſeris, et antequam ſoluas, dicendum eſt, te agere poſſe, vt obligationem ſuſcipiam,* quoniam tua intereſt, vt libereris obligatione ſuſcepta, in tua perſona radicata, *aut ſi nolit creditor obligationem mutare, cauere tibi debeo, defenſurum te.* Adeo ergo mandatarius, vel negotiorum geſtor obligatus erat creditori, vt ne quidem hic cogi poſſet, loco eius dominum debitorem accipere. Addit ICtus in *cit. l.* 1. §. *5. eod.* rationem hanc: *ſicut mandante aliquo actionem nacti* (quam ex contractu mandatarius ſibi acquirebat,) *cogimur eam præſtare iudicio mandati,* quod ipſo iure in mandantem non tranſeat; *ita ex eadem cauſſa obligatos, habere mandati actionem, vt liberemur,* ab obligatione ex contractu ſuſcepta. Denique idem illuſtrat *l. 8. §. 5. D. mand.* quæ docet, hoc ineſſe mandati iudicio, *vt ſibi cedat actiones mandatarius,* quas habet aduerſus eum, a quo mandantis voluntate rem comparauit.

Nec 5) ſocius per ſocium obligationem acquirit.

§. XIII. Pariter (V) ſocius per ſocium contrahentem *ipſo iure* non acquirebat actionem, ſi vel maxime ſocietati præpoſitus fuiſſet, *l. 1. D. de inſtit. act.* LAVTERBACH *de ſocior. oblig. quæ oritur ex conuent. cum extran. inita c. III. §. 12.* adeoque etiam hic *ceſſio* erat neceſſaria regulariter, *l. 2. de inſt. action.*

adeo

Digitized by Google

adeo vt, ſi vel maxime omnium bonorum communio inita eſſet, omnes res, quæ coeuntium ſunt, continuo quidem communicarentur, *ea tamen, quæ in nominibus ſunt, in ſuo ſtatu manere dicantur tamdiu, donec actiones inuicem præſtitæ fuerint, l. 3. pr. D. pro ſoc.* licet vel maxime voluntas coeuntium ad omnium rerum, et ſic etiam *nominum* communionem fuerit directa. Etenim ſi *ab initio* nemini paciſci poſſumus, vt ille ius acquirat, ita nec *ex poſt facto ſola voluntate* efficere poſſumus, vt quæ ex contractibus acquiſiuimus nomina, cum aliis *ſine ceſſione* communicentur, in quo ratio Romanis propria conſiſtit, quæ in transferendis in tertium iuribus *ceſſionem* deſiderant. Vnde quoque colligunt, ſi inter ſocios expreſſe hoc actum, conuentumque, vt, quidquid ab vno ſociorum geſtum, illud perinde habendum ſit, ac ſi ab omnibus geſtum eſſet, hoc pactum quidem ius inter paciſcentes facere, non vero tertio, cum quo ſocii non contraxerunt, ex hoc pacto contra illos ſocios actio et obligatio quæri poteſt, obſeruante LAVTERBACHIO *cit. l. §. 48.* Denique ſi vnus ex pluribus ſociis, ſocietati præpoſitus, iuxta formam præſcriptam contraxit, præpoſitus tamen ſibi ſoli ex contractu contra extraneum, cum quo contraxit, obligationem et actionem acquirit, non reliquis abſque *ceſſione magiſtri ſocietatis,* vt præpoſitus in *l. 14. D. de pact.* vocatur. Huic pactum et obeſſe et prodeſſe dicitur in *cit. l. 14.* quod ſcilicet cum tertio iniit, quippe ex quo tenetur vel agere poteſt, non item reliqui ſtricto iure. Idem iudicium (VI) ferendum erat de aliis contractibus etiam *realibus*, ſi *mutuum* exceperis. Etenim ſi deponens, vel commodans commodato vel depoſito legem dixerat, vt tibi reſtituerentur res depoſitæ et commodatæ, *intelligis,* aiunt Imperatores in *l. 8. C. ad exhib. nullam te*

6) Nec deponens aut commodans.

ex

ex eius pacto, contra quem ſupplicas, ſtricto iure actionem habere. (VII) Ex eodem quoque principio fluebat, ne quidem adiecto *ius agendi* ex ſtipulatione quæſitum fuiſſe, veluti *cum quis ſibi aut Titio dari ſtipulatus erat*, obligatio quidem ſoli ſtipulatori acquirebatur, nec Titio ius agendi erat; §. 4. *I. de inutil. ſtipul.* huic tamen ſolui poterat, etiam inuito ſtipulatore, vt liberaretur debitor, non etiam ſucceſſoribus Titii, quibus etiam profuiſſet ſtipulatio, ſi Titio inde *ius agendi* quæſitum fuiſſet. *l. 55. de verb. obl.* Breuiter: *ſolutionis* cauſſa dumtaxat adiectus erat tertius, adeo vt idem obtineret, ſi filius adiectus, et emancipato ſolutio facta eſſet. *l. 56. §. 2. eod.* Porro (VIII) ad *emtionis venditionis* doctrinam, quæ tamen æque quotidiana, ac *mutui* negotium fuit, hoc principium applicatum fuit in *l. 6. C. ſi quis alteri vel ſibi ſub alter. nom. vel alien. pecun. emerit*; in qua deciſione Imperatores varios diſtinxerunt caſus, et *in fine* etiam hunc addiderunt: *ſi vero ab initio negotium vxoris tuæ gerens comparaſti* NOMINE IPSIVS, *emti actionem nec illi, nec tibi quæſiiſti, dum quæ tibi non vis, nec illi potes*, h. e. maritus *ſibi* non acquiſiuit actionem emti, quia *vxoris nomine* contraxit, nec ſibi obligationem acquirere voluit; nec *vxori*, quia alteri nemo paciſci et ſtipulari poteſt. Ergo venditori electio competit, cui rem tradere velit, atque is in dominii quæſtione potior dicitur. Denique (IX) nec aduerſus debitoris debitorem creditor abſque ceſſione agere poteſt *t. t. C. quando fiſcus vel priuat. debitores ſui debitoris conuenire debeat vel poſſit*, cuius rationem BORNIVS *de actione, quæ creditori adu. debitoris debitorem competit* §. 6. in principio adducto quærit.

7) *Nec adiectus.*

8) *Nec emtor tertio acquirit.*

9) *Nec creditor.*

Digitized by Google

Nemo quoque ex contractu alterius obligabatur.

§. XIV. Pariter ſicuti nemo ex contractu alterius *ius perfectum*, ſtricto iure ciuili, acquirebat; ita etiam nemo ex contractu tertii obſtringebatur, nec conueniri poterat, quod generatim declarat ICtus in *l. 11. de obl. et A.* Hac de cauſſa PAVLVS in *l. 27. §. 4. in f. de pact.* hanc poſuit regulam: *ante omnia animaduertendum eſt, ne conuentio in alia re facta aut cum alia perſona: in alia re aliaue perſona noceat.* Noceret autem pactum *in alia perſona*, ſi hæc ex *pacto tertii* obſtringeretur, cum tamen obligationes *ex noſtra perſona* originem capere debeant, vt dicitur in *l. 11. cit.* Ad hanc regulam prouocant Imperatores in *l. 3. in f. C. ne vxor pro mar.* aientes: *certiſſimum enim eſt, ex alterius contractu neminem obligari.* Ex quo principio hanc formauit concluſionem ICtus in *l. 82. D. pro ſoc. iure ſocietatis per ſocium ære alieno ſocius non obligatur*, ſicuti pupillus non obligatur ex mutuo tutoris, pupilli nomine contracto, niſi probata verſione, *l. 3. C. quand. ex fact. tutor.* et ciuitas ex mutuo administratorum eius nomine contracto non obſtringitur. *l. 27. D. de reb. cred.* Atque hæc regula maiorem omnino æquitatem naturalem, quam prior, quod nemo ex contractu alterius acquirere poſſit, habet, cum alteri ex noſtro facto prodeſſe, eiusque commoda promouere, humanæ ſocietati admodum conueniens et vtile ſit; non item eidem nocere, aut obeſſe, quod fieret, ſi quis alterius ex contractu *ſine voluntate ſua* obſtringeretur. Quocirca licet in *mutuo* tandem, communis vtilitatis gratia, deſeruerint ICti regulam priorem, *quod nemo ex alterius contractu obligationem acquirere poſſit;* alteram tamen merito retinuerunt, quod nemo ex *mutuo tertii* obligari queat licet illud eius nomine contractum eſſet, ne per indirectum quis ære alieno tertii ſine ſua voluntate obſtringeretur.

§. XV.

Digitized by Google

§. XV. Ex his, quæ in antecedentibus adducta ſunt, ſequentes obſeruationes formandæ ſunt. *Prima* eſt, quod nemo ex contractu ſuo alteri *ius perfectum* ſeu obligationem acquirat, vt contra tertium agere nequeat. *Altera* eſt, quod ne quidem alteri acquirat obligationem *ipſo iure* ex ſuo contractu, ſi vel maxime hunc ex ipſius *mandato* vel voluntate iniit, quod a *rectæ rationis* principiis non poterat non recedere, id quod etiam ICti indigitant, dicentes de *ſtricto iure*, antiquo ſcilicet, quod *ciuile* vocabatur, hoc intelligendum eſſe, quod *æquitati naturali* oppoſitum eſt, paullo ſerius demum aſſumtæ. *Tertia* eſt, quod ne quidem pupillo *per tutorem* contrahentem *ius perfectum* quæſitum fuerit, quamuis hic conſtitutus ſit, vt pupillo prodeſſet, eiusque commoda promoueret, atque perſonam eius, ad contrahendum inhabilem, repræſentaret, tueretur-que. *Quarta* eſt, quod in ſolo mutuo *æquitas naturalis* agnita, et a *iuris ciuilis* regula diſceſſio facta fuerit, communis vtilitatis cauſſa, etiamſi *ſine mandato* quis alterius nomine mutuum dederit. *Quinta* eſt, quod quia pater et filiusfamilias, dominus et ſeruus *moraliter* pro eadem habeantur perſona, pater ex contractu filii et dominus ex ſerui pacto ſecundum regulam ius agendi acquiſiuerit. *Sexta* eſt, quod ne quidem ipſe contrahens, qui alterius nomine contraxit, ſibi acquiſiuerit ius agendi, niſi *pœnam* ſibi quis ſtipulatus eſſet, in caſu, ſi alter promiſſum non præſtitiſſet, ſi vel maxime eius non intereſſet alteri dari. *Pœnam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis,* vt ait ICtus in *l. 38. §. 17. D. de verb. obl.* Ergo hoc caſu ne quidem agenti regula: *tua non intereſt*, obſtabat. *Septima* eſt, quod tunc demum quis ſibi acquiſiuerit ius agendi, *ſi ſua intereſſet*, alte-

Concluſiones ex hac regula deductæ.

Digitized by Google

alteri promiſſum præſtari. *l. 38. §. 20. de verb. oblig. l. 118. in f. eod. §. 19. Inſt. de inutil. ſtipul. l. 3. C. eod.* Vnde qui mandato meo cum tertio contraxerat mei intuitu, tertium ad præſtandum promiſſum cogere poterat, quod mihi ex contractu mandati obſtringeretur. Inde quæſitum fuit in *cit. l. 3. C. de inutil. ſtipul.* quænam deciſio in caſu hoc facienda? mater, cuius filia in matrimonio defuncta, pactum inierat cum eius marito, ſuperſtitis filii nomine, vt dimidiam partem dotis detineret, alteram vero partem nepoti ſuo, vel ſi is in rebus humanis non eſſet, Iuliano reſtitueret, præuentoque morte nepote de efficacia ſtipulationis quærebatur. Reſpondent Imperatores: *Super ſtipulatu tuo adi præſidem prouinciæ, vt, examinatis partium allegationibus, quanti conſtiterit intereſſe tua iuxta placiti fidem dotis portionem Iuliano fuiſſe reſtitutam, ob incertæ actionis effectum concludant condemnationem taxatæ quantitatis.* Quid enim ſi mater antea tranſegerat de lite incerta cum Iuliano? ſi ei inter alia promiſerat, ſe effecturam, vt morte præuento nepote, dimidia dotis ad eum perueniret? intererat ſane matris, vt Iuliano illa præſtaretur, quod alioquin de contractu non impleto hic contra matrem agere poſſet. *Octaua* eſt, quod licet paciſcentis, qui alterius cauſſa contraxerat, intereſſet, alteri promiſſum præſtari, hic tamen ex eo contractu *ipſo iure* ius nullum perfectum acquireret, ſed ſolus paciſcens, adeo vt ne quidem mandans ex contractu ſui procuratoris obligationem quæſiuerit. Adeo ſtricte inhærebant regulæ iuris antiqui: *nemo alteri paciſci poteſt.* *Nona* eſt, quod tertio *ius agendi* ex contractu alterius, cuius intererat tertio dari, non aliter competeret, quam facta *ceſſione*, multis ambagibus, et ſolemnitatibus inuoluta, ad quam contrahens cogi poterat a tertio, cuius nomine

con-

Digitized by Google

contraxerat, veluti a mandante. Hoc caſu demum agebat ceſſis actionibus, vel ſi *ceſſio* ob *abſentiam* fieri non poterat, mandare abſens actiones ſuas tertio debebat, vt hic *procuratorio nomine abſentis*, quamuis ſimul in rem ſuam, ageret. Inter abſentes enim mandatum contrahi poterat, non item fieri *ceſſio*, quæ erat *actus legitimus*, perſonarum præſentiam deſiderans. Hæc ratio olim Romanis propria fuit, quod non *ſola voluntate*, ſed *ceſſione* vel *mancipatione* ſolemni res vel ius in alterum transferri potuerit, quod admodum commercia impediebat. *Voluntas* acquirere tertio volentis hoc caſu certa erat, ſed *iure antiquo* non ſufficiebat, quod *ſolemnem translationem* deſiderabat. *Decima* eſt, quod nemo etiam ex contractu alterius *ſtricto iure ciuili* obligari potuerit, ſi vel maxime ſua voluntate antecedente ad contractum alterius concurreret, nec creditor conſtringi, vt obligationem mutaret, veluti ſi, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiſeris; cogi quidem principalis poteſt, vt obligationem ſuſcipiat, etiam antequam contrahens ſoluat, ſed creditor cogi nequit, vt loco eius principalem accipiat debitorem, et ita obligationem mutet. *l. 45. §. 2. mand.*

Emendatio ex iure prætorio ſecuta in regula: quod nemo ex contractu alterius obligari poſſit.

§. XVI. Emendatione hanc doctrinam forenſem antiquam, aſperam, atque acerbam, indiguiſſe, nemo forſan in dubium vocabit. Prætores itaque, qui ad *ius ciuile antiquum* emendandum omnes adhibebant ingenii neruos, quamquam poteſtate limitata atque reſtricta gauderent, in quibuſdam caſibus, in quibus præ ceteris emendatio deſiderabatur, atque ſummopere neceſſaria erat, quoad vltimam obſeruationem, *quod nemo ex contractu alterius obligari poſſet*, medicinam adhibendam eſſe cenſuerunt, conſtituentes: *exercitorem* ex contractu ſui magiſtri nauis, ſecundum legem præpoſitionis contrahentis;

mercatorem ex contractu ſui *inſtitoris; dominum* ex contractu *ſerui* in peculio ſuo, vel ad eius iuſſum contrahentis, vel in *rem domini* paciſcentis obligari, et conueniri poſſe ex contractu inito, ac ſi eundem ipſemet iniiſſet, quod docent *tituli digeſtorum lib. XIV. et XV.* Atque hoc ipſum erat æquiſſimum, cum, quatenus quis ſua *voluntate* vel expreſſa vel *præſumta*, vt in *verſione in rem*, ad contractum alterius concurrit, ipſemet contraxiſſe videatur. Verum ne quidem hæc emendatio ad quæcunque negotia per alterum inita pertinebat, ſed reſtricta erat ad *caſus maxime neceſſarios*, qui in primis medicinam deſiderabant. Etenim quod de *in rem verſo* iure prætorio traditum erat, dumtaxat pertinebat ad contractus *filii* vel *ſerui*, ſi in rem patris vel domini contraxerat, non item ad contractus extraneorum, qui in rem tertii negotium peregerant, quamuis pedetentim *forenſi interpretatione* latius hæc prætorum edicta vltra caſus deſignatos extenſa fuerint. *l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in alien. poteſt. l. 13. §. 15. D. de act. emt. vend. l. 5. de prætor. ſtipul. l. 5. §. 8. l. 19. pr. de inſtit. action. l. 10. §. 5. mand. l. 31. pr. de neg. geſt. l. 5. l. 6. C. de inſtit. act.*

Non vero in altera regula: quod nemo alteri paciſci queat.

§. XVII. Enimuero in altera regula: *quod nemo ex contractu alterius ius perfectum acquirere poſſit*, ſi vel maxime ad eius mandatum hic initus fuerit, emendationem minime neceſſariam fore cenſuerunt, eamque, quod poteſtate reſtricta, non *legislatoria* gauderent, intactam reliquerunt. Quamuis enim magiſter nauis iuxta legem præpoſitionis ab *exercitore* præſcriptam contraxerat, huic tamen *iure prætorio* contra tertium ius agendi datum non erat. Ait ICtus in *l. 1. §. 18. D. de exercit. act. Sed ex contrario exercenti nauem aduerſus eos, qui cum magiſtro contraxerunt, actio non pollicetur, quod non eodem AV-*

XILIO

XILIO indigebat. Auxilium contra *ius durum ciuile* in regula, §. *antec.* relata, omnino neceſſarium erat, quo non indiguiſſet iuriſprudentia antiqua, niſi adeo crude inhæſiſſet regulæ: *nemo ex contractu alterius obligatur.* Etiam altera: *nemo alteri obligationem ex ſuo contractu acquirit*, emendatione quadam opus habere videbatur; ab ea tamen abſtinebant prætores, quod non *ſimpliciter* neceſſaria videretur, ſed vel ex *locato* cum magiſtro, ſi mercede operam præſtaret, aut ſi gratuitam, *mandato* agere poſſet, vt magiſter videlicet contra ſuum debitorem ageret, vel ius ſuum cederet. *l. 5. pr. de exercit. act.* Idem quoque cenſuit VLPIANVS quoad *inſtitoriam actionem*, eiusque æquitatem primo præmittit in *l. 1. D. de inſtit. act.* et, *æquum*, ait, *prætori viſum eſt, ſicuti COMMODA ſentimus ex actu inſtitorum, ita etiam OBLIGARI nos ex contractibus ipſorum et conueniri.* Mox tamen ſubiungit: *ſed non idem facit* prætor *circa eum, qui inſtitorem præpoſuit, vt experiri poſſit, ſed ſiquidem ſeruum proprium inſtitorem habuit, poteſt eſſe ſecurus, acquiſitis ſibi actionibus,* quod dominus et ſeruus vna perſona cenſerentur: *ſi autem vel alienum ſeruum, vel etiam hominem liberum, actione* contra eum, qui cum inſtitore contraxit, *deficietur: ipſum tamen inſtitorem vel dominum eius conueniri poterit vel mandati, vel negotiorum geſtorum, vt hic agat, vel actiones ſuas præſtet.*

Quidam tamen crediderunt, etiam ex iure prætorio domino ex contractu inſtitoris dandam actionem.

§. XVIII. Sed non omnibus eadem ſtabat ſententia, quibuſdam arbitrantibus, etiam domino ex contractu ſui inſtitoris *iure prætorio* dandam eſſe actionem, quod eadem eſſet æquitatis ratio, et ſicuti hoc iure per inſtitorem vel magiſtrum *obligaretur* et onus ſentiret exercitor, vel mercator: ita quoque æquum eſſet, vt *commodum actionis* ex eius contractu ſentiret. Præ-

Præterea dominus ex contractu ſui *inſtitoris* vel ideo ex *æquitate naturali* obligabatur, quod voluntatem ſuam per *præpoſitionem* ad eum accommodauerat; hæc vero ratio quoque eidem *iure prætorio* ius agendi ex contractu inſtitoris tribuere debebat. Ita cenſuit MARCELLVS teſte VLPIANO in *l. 1. in f. de inſtit. act. debere dari actionem ei, qui inſtitorem præpoſuit, in eos, qui cum eo contraxerant.* Licet enim prætores huius expreſſe non fecerint mentionem, *interpretatione* tamen *per æquitatem* hoc edictum ad eum trahi poſſe, credebat MARCELLVS. Plerique tamen ex nimia veneratione *regulæ* iuris antiqui, cui clades imminebat fere vniuerſalis hac interpretatione, illud ad hunc caſum extendere noluerunt, quod crederent, prætores *noluiſſe* exercitori vel mercatori inſtitorem præponenti ſuccurrere. CAIVS MARCELLI ſententiam *ſecundum quid* agnoſcebat, *ſi modo aliter* præponens *rem ſuam ſeruare non poteſt*; veluti ſi inſtitor aufugit, diſceſſitque, vt actiones cedere non poſſit; hoc enim caſu iniquum foret, denegare præponenti actionem ex contractu ſui inſtitoris, quin potius *auxilium prætoris* æque neceſſarium erat, ac quidem in caſu *obligationis*. In hunc ſenſum quoque accipiendus PAVLVS in *l. 5. D. de prætor. ſtipul. in omnibus prætoriis ſtipulationibus hoc ſeruandum eſt, vt, ſi procurator meus ſtipuletur, mihi CAVSSA COGNITA ex ea ſtipulatione actio competat.* Non abſolute ergo competit, ſed *cauſſa cognita*. Quid enim, ſi procurator abſens, et in remotis regionibus ſit, vt cedere ius ſuum nequeat? Hoc planius declarat etiam in actionibus per inſtitores quæſitis, his verbis: *Idem eſt et cum inſtitor in ea cauſſa eſſe cœpit, vt interpoſita perſona eius, dominus mercis rem amiſſurus ſit, veluti bonis eius venditis; ſuccurrere enim domino prætor debet,* id quod ex *edicto prætoris* per inter-

Quidam vero dumtaxat ob euidentem neceſſitatem, ex mente Caii

et Pauli.

Digitized by Google

interpretationem ex æquitate traxerunt. Sæpe contingebat, vt procurator omnium bonorum abſentis a vicinis cautionem *damni infecti* exigere neceſſe haberet, quo caſu quæſtio mouebatur, cui ius agendi ex hac cautione quæſitum eſſet? Reſpondit PAVLVS in *l. 18. in f. D. de damn. infect. Si procurator meus damni infecti ſtipulatus ſit, CAVSSA COGNITA mihi ex ea ſtipulatio actio competit.* Cauſſæ cognitio vel ideo neceſſaria erat, vt inde liqueret, vtrum iuxta *ius prætorium* danda eſſet domino actio ex *cautione procuratoris* ſine *ceſſione*, quæ regulariter olim deſiderabatur? Vbi enim locum habere non poterat *ceſſio, ex æquitate prætoria* actio in ſubſidium domino dabatur. Ita auxilium *iuris prætorii* ad mitigandam hanc *iuris ciuilis* doctrinam paſſim adhibuerunt, *parcius* tamen, et in *ſubſidium*, ſi *ordinarii iuris* rationes et media deficerent.

§. XIX. Verum cum ſub *Imperatoribus* ad maiorem humanitatem, et facilitatem *ius ciuile antiquum* redactum atque translatum ſit, inquirendum omnino erit, an etiam in *hoc iuris articulo*, quem euoluere lubuit, quædam mitigatio, et emendatio facta? Iam olim TERTVLLIANVS *in apol. c. 4.* ad hanc *emendationem* prouocauit, eiusque neceſſitatem in genere agnouit. *Nonne et vos*, ait, *experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis totam illam veterem, et ſquallentem ſiluam legum, nouis principalium reſcriptorum et edictorum ſecuribus ruſtatis et cæditis?* Hæc ſine dubio in doctrina præſenti fuit neceſſaria, cui non ſatis *iure prætorio* proſpectum erat, quod de *iure acquirendi ius perfectum ex contractu tertii* non diſponebat, ſed de *obligatione ex contractu tertii* edicebat primario. Quocirca ambages *ceſſionum*, etiam poſt *ius prætorium* regulariter obſeruandæ, remiſſæ tantum in caſu neceſſitatis; quæ tamen ingentibus obnoxiæ erant difficultatibus.

Plenius proſpectum eſt iis, quorum nomine contractus initus ſub imperatoribus,

ob ingentes ceſſionum difficultates.

Digitized by Google

Solemniter enim peragendæ erant *in iure*, verbis conceptis a *præſentibus;* nec enim *procuratores* admittebantur, nec intra *abſentes* expediri poterant. Vid. VLPIANVS *in fragm. tit.* 19. §. 36. CAIVS *in fragm. inſtitut. lib. II. t.* 1. Inde vero infinita profluxere incommoda, quod a nutu *procuratoris ceſſio* penderet, et licet ad cedendum obligatus diceretur, nihilominus tamen *noua lite* ceſſio, antequam ex eius contractu agi poſſet, impetranda eſſet; ne dicam, exſecutionem contra *refractarium* admodum impeditam fuiſſe. Sæpe etiam ob *abſentiam* vnius, alteriuſue ceſſio deficiebat, vel facta impugnabatur, vt noua omnino medicina opus eſſet.

Ex conſtitutione D. Pii,

§. XX. Videlicet D. PIVS neceſſitatem cedendarum actionum in iis caſibus, in quibus iure antiquo *ceſſio* erat neceſſaria, remiſit, et in *ſola voluntate* eius, qui alteri ius quoddam acquirere ex *ſuo facto*, et *contractu* voluit, acquieuit, conſtituendo, ceſſionem pro facta accipiendam eſſe, et ei, cui actio ceſſa non eſt, *vtilem* actionem ex *æquitate* dandam eſſe, ac ſi *ceſſio ſolemnis* inter *præſentes* in *iure* facta fuiſſet. Hoc ipſo vero rem reduxit ad *iuris naturæ* diſpoſitionem, ex qua, ceu ab initio demonſtraui, alteri per contractum ius perfectum et obligatio acquiri poteſt.

vtilem concedendo actionem,

iuxta l. 1. §. 13. *de tut. et rat.*

Facit huius conſtitutionis mentionem ICtus in *l.* 1. §. 13. *D. de tut. et rat. diſtrah.* et ait: *ſi forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præſtiterit, vel ſoluerit, vel ex communi geſtu, nec ei mandatæ ſunt actiones* a pupillo, de cuius voluntate tamen conſtabat, *conſtitutum eſt a* D. PIO et *ab Imperatore noſtro et D. Patre eius, vtilem actionem tutori* ſine omni ceſſione *aduerſus curatorem dandam.* Olim emtor hereditatis ſine *ceſſione venditoris* non poterat agere contra debitores hereditarios; ſed ex reſcripto D. PII *vtiles actiones* emtori hereditatis *proprio nomine* dabantur, æque ac ſi *ceſſio*

facta

facta fuiſſet. *l.* 16. *D. de pact.* Ceſſio olim erat modus ius ſuum transferendi et alienandi in alium, qua facta, ceſſionarius *proprio nomine* agebat, nec *mandato* indigebat. Idem effectus tribuebatur *actionibus vtilibus*, quia *voluntas* alterius pro *ceſſione* ex *æquitate* erat, quod vlterius illuſtrari poteſt ex *l.* 18. *C. de legat.* vbi dicitur: *vtilibus SVO NOMINE experietur et l.* 7. *C. de hered. vel act. vend. l.* 8. *C. eod. l.* 2. *C. de contr. iudic. tut. l. f. C. quando fiſcus vel priuat. etc. l.* 1. *C. de oblig. et act. l.* 2. *C. eod.* *et l.* 16. *de pactis.*

§. XXI. Ad præſens argumentum hæc noua D. PII conſtitutio eo magis trahi debuit, quod, quando contrahens tertio obligationem acquirere voluit, voluntas eius aperta, et perſpicua adeſſet, nec *ceſſione ſolemni* in tam *manifeſta voluntate* neceſſaria videretur. Quamuis itaque iuxta antiquam iuris diſciplinam mediante *ceſſione* ex contractu procuratoris demum daretur actio, poſt illam conſtitutionem tamen *vtilis*, ſine vlla *ceſſione* data fuit, quod voluntas *domini* in procuratoris contractu interueniſſe crederetur. VLPIANVS *in l.* 13. §. 25. *D. de act. emt. vend.* id applicat ad *emtionem venditionem* per *procuratorem* factam, et ait: *ſi procurator vendiderit, et cauerit emtori, quæritur, an domino* ex contractu procuratoris *vel aduerſus dominum actio dari debeat? Et* PAPINIANVS *libro tertio reſponſorum putat, cum domino ex emto agi poſſe vtili actione ad exemplum inſtitoriæ actionis*, quæ ex interpretatione per æquitatem ad hunc caſum trahebatur, *ſi modo rem vendendam mandauit. Ergo et per contrarium dicendum eſt, vtilem ex emto actionem ex conſtitutione* D. PII *domino competere.* Non diſtinguitur in hoc textu, vtrum, domino *præſente*, an *abſente* contractum fuerit, ſi modo de *mandato* eius conſtabat. Ceterum ſi *procuratori præſentis fuerat cautum, ex ſtipulatu actionem vtilem domino competere, nemo ambigebat*, quod ex *præſen-*

Hoc ſpeciatim illuſtratur ex l. 13. §. 25. *de actione emti vend.*

in contractu a procuratore inito,

ex quo dominus vtili ſine ceſſione agebat,

 tia

tia domini de *mandato* euidenter conſtaret, *l.* 79. *de verb. obl.* et *domini conſenſus* omni dubio remoto adeſſet. Enimuero *vtilis* dabatur, etiamſi *abſente domino* contractus ſecundum legem præpoſitionis ſeu *mandati*, de quo conſtabat aliter, initus eſſet a procuratore. In effectu itaque ſtatim *ipſo iure* acquirebatur domino *actio vtilis*, ex contractu ſui *procuratoris*, iuxta mandatum datum inito, quod *rationi naturali* quidem, ſed neutiquam *regulæ iuris antiqui* conueniens erat. Huius obſeruationis hoc erat conſectarium, vt etiam *inuito* et *reluctante procuratore* ex contractu eius agere poſſet dominus. PAPINIANVS in *l.* 68. *de procurat.* huius ſententiæ auctor eſt: *quod procurator ex re domini, mandato non refragante, ſtipulatur, inuito procuratore dominus petere poteſt.* Neque vero 1) credendum eſt, in verbis *ex re domini* ſingularem latitare circumſtantiam, vel fundamentum decidendi, ſed id tantum exprimitur, quod in omni negotio mandatarii ſupponi debet, vt videlicet *nomine domini* et *in eius negotiis* ſeu *rebus* egerit, et ſic *ex re domini* h. e. cauſſa, quæ dominum concernit, ſtipulatus ſit. Quamuis enim procurator mandatum *de emendo* libros deſignatos a Saluio acceperit, illosque emerit; ſi tamen, *mutata* ante initum contractum *voluntate*, non domino, nec nomine eius, ſed ſibi et proprio nomine emit, ſibi tantum actionem, non aliis acquirere voluit, nec hoc caſu domino *vtilis* contra emtorem competit, ſed tantum *mandati* contra mandatarium, vt libros emtos tradat, quos ea mente venditor procuratori meo tradidit, vt in illum, non in me dominium transferret. *arg. l.* 1. §. 20. *de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l.* 1. *l.* 6. *C. ſi quis alteri vel ſibi ſub alt. nom. etc.* Omnis enim actus eſt æſtimandus ex intentione agentium, adeoque vt procurator mandanti actionem acquirat, neceſſe eſt, vt ex re do-

etiam reclamante procuratore;

modo vt mandatarius egerit in re ſeu cauſſa domini.

Digitized by Google

re domini ſeu *in cauſſa domini* et *in eius vtilitatem* ſtipuletur. 2) Quia procurator in negotio, ſeu ex re domini cum altero *ſciente* egit, et eo tempore eius mentis fuit, vt mihi acquireret actionem, non attenditur *diſſenſus procuratoris*, nec quod mihi actiones ſuas cedere nolit, (id quod tantum inter *volentes* regulariter fit) ſi ex eius contractu agere velim *actione vtili*, quæ mihi ſtatim *ex æquitate* acquiſita eſt. Quamuis enim PAPINIANVS in *l.* 49. *in fin. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* aſſerat, domino euictionis actionem contra venditorem, *inuito procuratore*, non dari, ſed per actionem mandati ea cedere cogi debere, id tamen ſecundum iuris antiqui doctrinam eſt intelligendum de *directa*, quæ abſque *ceſſione* non transferebatur, non vero de *vtili*, quæ abſque *ceſſione* domino competit. *l.* 18. *C. de legat.* Hoc perſpicue indicat VLPIANVS in *l.* 27. *in f. de procurat.* et *licet*, ait, *procuratori*, qui euictionis nomine ſtipulatus eſt cum venditore, *commiſſa ſit ſtipulatio, tamen domino danda erit vtilis ex ſtipulatu actio, directa penitus tollenda*, ſeu reiicienda, quam procurator *ſuo nomine* inſtituere, et ita dominum excludere intendit. Hoc enim ratio huius noui iuris æquiſſimi poſtulabat, vt potius domino *vtilis*, quam procuratori *directa* ex contractu ab eo inito daretur. Teſtis eſt IDEM in *l.* 28. *D. eod. ſi procurator meus iudicatum ſolui ſatis acceperit, mihi ex ſtipulatu actio vtilis eſt, ſicuti iudicati actio mihi indulgitur. Sed etſi egit procurator meus ex ea ſtipulatione, me inuito*, cum ego agere mallem, *nihilominus tamen mihi ex ſtipulatu actio tribuetur, quæ res facit, vt procurator meus ex ſtipulatu agendo, exceptione debeat repelli.* Vnde recte infert HERTIVS *de obligat. mandant. et mandatar. intuitu tert.* §. 3. actionem vtilem domino *SINE CESSIONE* acquiri, qua *SVO NOMINE* vtebatur. *l. f. C. quand. priuat. vel fiſc.* Atque hoc ſenſu quoque accipienda eſt *l.* 45.

tia domini de *mandato* euidenter conſtaret, *l. 79. de verb. obl.* et *domini conſenſus* omni dubio remoto adeſſet. Enimuero *vtilis* dabatur, etiamſi *abſente domino* contractus ſecundum legem præpoſitionis ſeu *mandati*, de quo conſtabat aliter, initus eſſet a procuratore. In effectu itaque ſtatim *ipſo iure* acquirebatur domino *actio vtilis*, ex contractu ſui *procuratoris*, iuxta mandatum datum inito, quod *rationi naturali* quidem, ſed neutiquam *regulæ iuris antiqui* conueniens erat. Huius obſeruationis hoc erat conſectarium, vt etiam *inuito* et *reluctante procuratore* ex contractu eius agere poſſet dominus. PAPINIANVS in *l. 68. de procurat.* huius ſententiæ auctor eſt: *quod procurator ex re domini, mandato non refragante, ſtipulatur, inuito procuratore dominus petere poteſt.* Neque vero 1) credendum eſt, in verbis *ex re domini* ſingularem latitare circumſtantiam, vel fundamentum decidendi, ſed id tantum exprimitur, quod in omni negotio mandatarii ſupponi debet, vt videlicet *nomine domini* et *in eius negotiis* ſeu *rebus* egerit, et ſic *ex re domini* h. e. cauſſa, quæ dominum concernit, ſtipulatus ſit. Quamuis enim procurator mandatum *de emendo* libros deſignatos a Saluio acceperit, illosque emerit; ſi tamen, *mutata* ante initum contractum *voluntate*, non domino, nec nomine eius, ſed ſibi et proprio nomine emit, ſibi tantum actionem, non aliis acquirere voluit, nec hoc caſu domino *vtilis* contra emtorem competit, ſed tantum *mandati* contra mandatarium, vt libros emtos tradat, quos ea mente venditor procuratori meo tradidit, vt in illum, non in me dominium transferret. *arg. l. 1. §. 20. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. 1. l. 6. C. ſi quis alteri vel ſibi ſub alt. nom. etc.* Omnis enim actus eſt æſtimandus ex intentione agentium, adeoque vt procurator mandanti actionem acquirat, neceſſe eſt, vt *ex re do-*

etiam reclamante procuratore;

modo vt mandatarius egerit in re ſeu cauſſa domini.

Digitized by Google

re domini ſeu *in cauſſa domini* et *in eius vtilitatem* ſtipuletur. 2) Quia procurator in negotio, ſeu ex re domini cum altero *ſciente* egit, et eo tempore eius mentis fuit, vt mihi acquireret actionem, non attenditur *diſſenſus procuratoris*, nec quod mihi actiones ſuas cedere nolit, (id quod tantum inter *volentes* regulariter fit) ſi ex eius contractu agere velim *actione vtili*, quæ mihi ſtatim *ex æquitate* acquiſita eſt. Quamuis enim PAPINIANVS in *l.* 49. *in fin. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* aſſerat, domino euictionis actionem contra venditorem, *inuito procuratore*, non dari, ſed per actionem mandati ea cedere cogi debere, id tamen ſecundum iuris antiqui doctrinam eſt intelligendum de *directa*, quæ abſque *ceſſione* non transferebatur, non vero de *vtili*, quæ abſque *ceſſione* domino competit. *l.* 18. *C. de legat.* Hoc perſpicue indicat VLPIANVS in *l.* 27. *in f. de procurat.* et *licet*, ait, *procuratori*, qui euictionis nomine ſtipulatus eſt cum venditore, *commiſſa ſit ſtipulatio, tamen domino danda erit vtilis ex ſtipulatu actio, directa penitus tollenda*, ſeu reiicienda, quam procurator *ſuo nomine* inſtituere, et ita dominum excludere intendit. Hoc enim ratio huius noui iuris æquiſſimi poſtulabat, vt potius domino *vtilis*, quam procuratori *directa* ex contractu ab eo inito daretur. Teſtis eſt IDEM in *l.* 28. *D. eod. ſi procurator meus iudicatum ſolui ſatis acceperit, mihi ex ſtipulatu actio vtilis eſt, ſicuti iudicati actio mihi indulgitur. Sed etſi egit procurator meus ex ea ſtipulatione, me inuito*, cum ego agere mallem, *nihilominus tamen mihi ex ſtipulatu actio tribuetur, quæ res facit, vt procurator meus ex ſtipulatu agendo, exceptione debeat repelli.* Vnde recte infert HERTIVS *de obligat. mandant. et mandatar. intuitu tert.* §. 3. actionem vtilem domino *SINE CESSIONE* acquiri, qua *SVO NOMINE* vtebatur. *l. f. C. quand. priuat. vel fiſc.* Atque hoc ſenſu quoque accipienda eſt *l.* 45.

pr. mand. cuius verba ſupra §. *XII.* allata ſunt; quamuis enim ibidem aſſeratur: *nam et ego tecum agere poſſum, vt praſtes mihi aduerſus venditorem emti actiones;* id tamen non impedit, quo minus *ſine mandatis actionibus* aut *ceſſione ſolemni* agere poſſit dominus vtili actione per *cit. l. fin.* Cum itaque dominus, etiam inuito et reluctante procuratore, *vtili actione* agere poſſit *proprio nomine* ex contractu ſui procuratoris, palam eſt, erroneam eorum ſententiam eſſe, *vtiles* demum *actiones* datas fuiſſe poſt factam *ceſſionem in iure ſolemnem*, quæ tamen non niſi inter *volentes* peragi poterat. Si enim procurator agere et excludere dominum maluiſſet, ceſſionem denegare potuiſſet domino, id quod cum textibus adductis non conuenit.

Actio vtilis nullam ceſſionem in iure deſiderabat.

§. XXII. In hoc videlicet erat differentia, quod *actio directa, facta ceſſione inter præſentes in iure*, quæ modus *alienandi* erat, olim translata fuerit, vnde etiam actiones per ceſſionem *transferri* in alterum dicuntur in *l.* 31. §. 4. *D. de contrah. emt. vend. l.* 11. *C. de fideic.* vt nihil apud cedentem hac ceſſione facta remaneret, ſed *proprio nomine* ceſſionarius, vt *dominus*, ageret; *vtilis* vero ex mera æquitate *ſine ceſſione ſolemni* tranſiret, ſi de *voluntate* alterius, in me transferre actionem volentis, quæ etiam inter *abſentes* declarari poterat, conſtabat; id quod conſtitutum fuit, vt ambages *ceſſionum*, quæ deſiderabant *præſentiam perſonarum*, euitarentur, nec quis cogeretur *mandatis actionibus* nomine alterius agere. *l. f. C. quand. fiſc. vel priuat. l.* 1. §. 13. *de tut. et rat. diſtrah.* Vnde in *l.* 2. *C. de contrar. tut. iudic.* relinquitur electio tutori, vtrum velit petere ſibi mandari actiones, an *vtili* agere? Ex his aliisque plurimis textibus SCHIFORDEGHERVS *lib. III. tract.* 23. *qu.* 2. recte concludit, vtiles actiones *ſine vlla ceſſione* competiiſſe, eosque grauiter errare, qui per ceſſio-

ceſſionem tantum *vtiles* translatas eſſe contendunt, directis remanentibus penes eum, qui contraxit? cum tamen ſupra iam obſeruauerim, dominum *vtili actione* agere poſſe etiam *inuito procuratore; immo ceſſio inuiti* concipi nequeat, atque *ceſſione* facta quæſtio Domitiana ſit, vtrum inuito procuratore agere poſſit, cum per hanc alienationem omne ius in alterum tranſierit, vt etiam cenſent FABER *lib. XI. coniect. c.* 11. *et lib. XII. c.* 6. DONELL. *ad l.* 18. *C. de legat. verſ. et generaliter.* Idem docet ALPHONSVS, de OLEA *de ceſſ. iur. et action. lib. VI. qu.* 1. *n.* 12. ſibi tamen non conſtat, aſſerendo vtilem actionem, quam lex *ex aequitate* præſtare ſolet, *ſine ceſſione* competere: et ſtatim ſubiungendo: regulariter ſine *ceſſione* vtilem actionem non quæri, quæ contradictione non vacant, cum altera propoſitio alteram deſtruat, ſimulque oſtendat, ALPHONSVM de OLEA vulgaribus Dd. ſententiis innutritum fuiſſe, qui ex doctrina BARTOLI ſapere potius, quam veritatem ſequi maluerunt. Hic enim finxit, commentumque induxit, actiones ex contractibus quæſitas inhærere oſſibus vel lumbis contrahentis, adeo vt ne quidem, *ceſſione ſolemni* interueniente, transferri poſſent in ceſſionarium, quæ ἀπροσδιόνυσα ſunt, et naturæ *ceſſionis in iure facta* repugnant, quippe qua transferebatur res vel ius in alterum. Aliud erat dicendum, ſi ſine ceſſione olim *mandabantur* actiones, h. e. *procuratorio nomine* tertius agebat, quia tunc *ſtricto iure* agnoſcebat, creditorem manſiſſe *dominum. l.* 3. *C. de nouat.*

Et inuito contrahente inſtitui poterat.

§. XXIII. Progredior ad contractus *extranei*, qui ex *mandato* non egit, et tamen in *vtilitatem tertii* contraxit, vbi rurſus ex *aequitate* vtilis datur actio ſine *ceſſione*, quatenus contrahenti ex illo contractu *obligatio* quæri potuit. Qua de cauſſa 1) ſi creditor pignus vendit adiecto pacto, *vt, ſi ſoluerit debitor pecuniam*

Etiam ex contractu extranei in fauorem tertii inito vtilis datur.

niam pretii emtori, liceret ei recipere rem ſuam, actiones ſuas contra emtorem mandare tenetur, *ſed et ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduerſus emtorem agere,* id quod de *vtili* intelligendum, quæ *in factum* etiam vocatur, ſine *omni ceſſione,* quod non diffitetur de OLEA *tract. de ceſſione lib.* 4. *qu.* 9. *n.* 12. quia *in fauorem debitoris* hoc pactum adiecit. Nec ab hac ſententia contrarius eſt MARCIANVS in *l.* 7. *pr. D. de diſtract. pign.* quamuis enim deſideret, vt creditor debitori mandet actiones; hoc tamen in adducta ſpecie vel ideo neceſſe erat, quia creditor in *perſonam ſuam,* non *debitoris,* pactum conceperat, *vt liceret SIBI reddere pecuniam, et pignus recipere,* vt rurſus recte obſeruat OLEA *cit. l. n.* 9. et illuſtrat *l.* 2. *C. ſi cert. pet.* Similiter 2) ſi quis res alterius depoſuit vel commodauit, hoc pacto, vt domino reſtituantur; quamuis hic actionem *ſtricto iure* non habeat, vtilis tamen depoſiti vel commodati actio ei datur *propter æquitatis rationem,* vt dicitur in *l. pen. C. ad exhib.* Hæc in eo conſiſtit, quod mihi *ius perfectum* acquirere voluerit, id quod ex conſtitutione D. PII ſufficit. 3) Idem quoque dicendum, ſi quis res ſuas depoſuit, adiecto pacto, vt, exiſtente certo euentu, tertio reſtitueretur, quo caſu huic reſtituenda, qui *vtilem actionem* depoſiti habet. *arg. l.* 26. *princ. depoſ.* 4) Ex quo principio elegans fluxit deciſio in *l.* 37. §. 3. *D. de leg.* 3. in caſu, ſi filio ſuo emancipato pater donauit *bona ſua vniuerſa* inter viuos, adiecto pacto, vt, cui pater vellet, quædam res ex his poſt mortem reſtituerentur, quem poſtea in codicillis deſignauit. Patre mortuo, filius ei heres non factus, *quaſi debitor ab his, quorum intereſt, conueniri poteſt, maxime poſt conſtitutionem* D. PII, *quæ hoc induxit,* et ita ius antiquum correxit. Cum enim pater modo præſcripto de bonis ſuis diſpoſuiſſet; eius intererat,

bona

bona ſua ad eum peruenire, quem deſignauerat. Expreſſius hoc 5) illuſtrant DIOCLETIANVS et MAXIMINVS in *l. 3. C. d. donat. ſub mod.* in caſu, quo quis donationem confecerat, *vt poſt tempus id, quod donatum eſſet, alii reſtitueretur*, atque is, in quem liberalitatis compendium collatum, ſtipulatus non erat: *placiti fide non impleta*, olim tantum donanti vel heredibus condictio dabatur. Sed cum poſtea *benigna iuris interpretatione diui principes* (deſignati in *l. 1. §. 1*[illegible] *de tut. et rat. diſtrah.*) *eum, qui ſtipulatus non ſit, vtilem actionem iuxta donatoris VOLVNTATEM* (quæ inſpecta *æquitatis* ratione ſufficiebat) *competere admiſerint*, actio, quæ donatori competebat, tertio accommodabitur. Nullius *ceſſionis* hic fit mentio, ſed imperatoris in *ſola voluntate* acquieſcunt, vtiles dando actiones, quæ paciſcenti acquiſitæ erant, quia *ſub modo* donauerat. Abſtruſior 6) eſt deciſio in *l. 4. C. ſi cert. pet.* in caſu, ſi quis abſentis pecuniam *nomine eius* fœnori dederat; vbi obſeruandum, directo in mutuo abſenti actionem acquiri *iure ſingulari*, vt ſupra oſtendi ex *l. 9. §. 8. de reb. cred.* Quid ergo, ſi abſens poſtea factum non approbet, nec, quod debitor inidoneus eſſet, ratihabeat? mandare actiones ſuas geſtori debet, vt is *ſuo periculo* exigat a debitore nummos. Si non ſunt mandatæ actiones *vtilis* geſtori aduerſus debitorem actio eo nomine competit. Cum enim *abſens* creditor fuerit factus, et, *nomine reprobato*, geſtori ius cedere debuerit, id autem forſan factum non ſit, *vtilis* geſtori danda erat actio, quod domini *voluntas* non repugnare crederetur, eo ipſo, quod nomen hoc ad ſuum periculum ſpectare noluerit. Denique 7) ſi nomen aduerſus Titium pignori dedi Caio, hic *vtili actione* nomen exigere poteſt, quia euentualiter ei hoc ius acquirere volui, quod ipſe habui. *l. 13. §. 2. de pign. et hyp. l. 18.*

pr. de pignor. act. Infinitis aliis ex locis hæc doctrina illuſtrari poſſet, niſi filum abrumpere deſideraret euidentia rei, quam ſufficienter, vt puto, illuſtraui.

Concluſiones ex dictis formata.

§. XXIV. Inde vero colligo: I) Iure nouo ex contractu tertio ius perfectum acquiri poſſe, ſi in fauorem tertii hic eſt initus, et contrahens ſibi inde actionem acquirere potuit, nec huius *ceſſionem* eſſe neceſſariam. II) Si contrahentis prorſus nihil intereſt, tertio dari, nec contrahentem ſibi ius agendi acquiſiuiſſe, nec conſequenter etiam tertio, quia *vtilis* demum tunc data fuit, ſi paciſcens ius agendi, quod cedere poterat, acquiſiuit. III) Inde vero regulam, *paciſci nemo alteri poteſt*, inuertendam, et dicendum: *efficaciter iure nouo quis tertio ſtipulari poteſt*, excepto vnico caſu, rarius contingente, ſi ſtipulator *ob deficiens intereſſe* ius agendi *ſibi* acquirere non potuit, vnde tamen non *regula*, ſed *exceptio* formanda; exceptio enim hæc tantum vſum habebat, ſi quis aliquem ad *donandum* tertio inducere volebat, et in eius perſonam donationem concipiebat. IV) Re vera IVSTINIANVM in *l. 2. C. per quas perſ. nob. acquir.* nihil noui adeo induxiſſe, conſtituendo, procuratorem, qui alterius nomine pecuniam numerauerat ſub hypotheca, hypothecariam actionem domino *ipſo iure et ſine aliqua ceſſione* acquiri, æque vt *actionem perſonalem ex mutuo*, niſi quod *vtilis* hoc caſu non ſit neceſſaria, ſed *directa* æque vt in *mutuo* domino detur, cum tamen inter vtramque nulla ſit differentia. *l. 47. D. de negot. geſt.*

CAPVT

Digitized by Google

CAPVT II.

DE

IVRE HODIERNO, QVO IN HOC ARGVMENTO PER GERMANIAM VTIMVR.

ARGVMENTVM.

§. I. Fundamenta praxeos in hoc argumento. II. An obligatio pacti, in fauorem tertii initi, vniuerſim agnita ſit iure Canonico? Diuerſæ DD. ſententiæ. III. Sententia auctoris. IV. Iure Germanico, conſuetudine, vſuque forenſi probatur vniuerſalis iſtius pacti obligatio. V. Quod exemplis feudalium ciuiliumque negotiorum oſtenditur.

§. I.

In quibus articulis iuris hodie diuerſa a *iure Romano* vtimur praxi, illam communiter vel ex *iure canonico*, quod in plurimis a iure ciuili receſſit, vel ex *domeſticis iuribus*, ſiue *vniuerſalibus* ſiue *particularibus*, deriuare et petere ſolent interpretes. Neque enim nobis cum illis res eſt, qui vnice prouocant ad *praxin contrariam*, huius autem nullam aliam rationem, quam ex *opinionibus fluctuantibus Dd.* dare poſſunt. Illi enim aliquid aſſerunt, ſed ſui aſſerti rationem nullam afferre poſſunt, cum tamen abſque ſufficiente fundamento nihil nobis obtrudi poſſit. Nec eos audiendos eſſe crediderim, qui in præſenti argumento ius Romanum non eſſe receptum, clamitant, tum quod id aliunde docere debeant, tum quod eo ipſo ad aliud et diuerſum ius, quod obtinet, prouocent, hoc vero non ex opinionibus Dd., ad mores prouocantium, ſed ex principiis diuerſi iuris, quod hodie præter ius Romanum obtinet, quærendum. Quid iure Romano recentiori ex veteri iure remiſſum ſit, iam explicatum eſt, atque id ſine dubio etiam in noſtris foris vſum *Fundamenta hodiernæ praxeos a iure ciuili deuiantis.*

 habet

habet, ſi vel maxime ſoli iuri Romano inſiſtamus. Ergo ſtatus controuerſiæ in hoc vnice conſiſtit: Vtrum hodie *indiſtincte* ex contractu *tertio* ius perfectum acquiratur, ſiue contrahentis interſit, ſiue *intereſſe ſpeciale* nullum habeat, ſed alteri ex ſuo negotio prodeſſe voluerit?

Fluctus interpretum iuris canonici.

§. II. Interpretes *iuris canonici* in hac quæſtione rurſus in diuerſam abeunt ſententiam, vt vix certum fundamentum ex hoc iure petere liceat. Qui caſtra affirmantium ſequuntur, et *æquitatem canonicam* in praxi præferendam cenſent, prouocant ad *c. 17. de præb. in 6.* vbi Pontifex ita: *Si tibi abſenti per tuum Epiſcopum conferatur beneficium, licet per collationem huiuſmodi (donec eam ratam habueris) ius in ipſo beneficio, vt tuum dici valeat, non acquiras: ipſe tamen Epiſcopus vel quicunque alius de ipſo beneficio (niſi conſentire recuſes) in perſonam alterius ordinare nequibit.* Collatio beneficii eſt *donationis ſpecies*, adeoque ſi contingat, vt *abſenti* beneficium conferatur, id poteſt fieri vel citra pactum cum alio initum, veluti ſi Epiſcopus *litteras collationis*, nemine vrgente, abſenti tranſmittat: vel ad *petitionem abſentis amici*, qui huic proſpicere voluit, et cui promittit, ſe tertio collaturum beneficium vacans, eamque promiſſionem ille acceptat. Vterque caſus in adducto textu ſubintelligi, et inde inferri poteſt, ex hoc pacto cum Epiſcopo *de conferendo* inito, tertio ius irreuocabile acquiri, ſi hic promiſſum acceptare paratus ſit. Atque inde in genere concludit ALPHONSVS de OLEA *de ceſſion. tit. IV. qu. 9. n.* 34. valere pactum *in fauorem tertii* initum, ſi vel maxime paciſcentis non interſit, tertio dari, modo ſtipulator verba in ſuam perſonam direxerit, dicendo: *promittiſne MIHI, Te Titio centum daturum?* non vero, ſi *ſimpliciter* ſtipulatus fuerit. Interim tamen ceſſionem tertio adhuc faciendam

Quidam affirmant ex c. 17. de præb. in 6.

dam eſſe etiam ex *iure canonico*, conſtituit, niſi promiſſio iuramento roborata fuerit, ob vim iuramento ex hoc iure inditam, VT IDEM *cit. l. n.* 33. *et* 34. docet. In alia omnia iuit SANCHEZ. *de matrim. lib.* 1. *diſp.* 7. *n.* 21. *ſqq.* etiam hoc iure alteri per alterum inutiliter ſtipulari, docens ob *c.* 2. *de vſur. in* 6. In hoc textu GREGORIVS X. vſurariis manifeſtis denegandam iubet ſepulturam eccleſiaſticam, donec debitoribus, *ſi praeſto fuerint, aut aliis, qui eis poſſunt acquirere, aut eis abſentibus loco ordinario, vel eius vices gerenti, ſiue rectori paraeciae, in qua teſtator habitat, coram aliquibus fide dignis de ipſa paraecia aut ſeruo publico de ipſius ordinarii mandato idonee de reſtitutione facienda ſit cautum.* Additur vero notabilis clauſula: *quod his cautionem huiuſmodi auctoritate praeſentis conſtitutionis liceat recipere, ita quod illis* (debitoribus) *perinde actio acquiratur.* Ius *ſingulare* hic conſtitui videtur in caſu adducto, ob ſalutem æternam defuncti, quæ ob vſuras acceptas alias periclitari videtur, ad quod auertendum præiudicium Pontifex a communi iure abit, et ex hac cautione, per alios acceptata, debitoribus actionem acquiri conſtituit. Sicuti vero *ius ſingulare* regulam non conſtituit; ita extra hunc caſum diuerſum ius *de iure canonico* videtur obtinere, quod indigitare voluiſſe videtur, notabili hac clauſula: *auctoritate praeſentis conſtitutionis.* Atque qui hoc modo rationes ſubducunt, priorem textum facile reſtringere poſſunt ad ius ſingulare, in *collatione beneficii* obtinens, a qua generalis regula ad donationem quamcunque, abſenti faciendam, licet a paciſcente acceptatam nomine eius, ſtrui nequit. Neque enim *officia ſacra*, et *ſpirituales cauſſae* in omnibus cum cauſſis profanis conferri poſſunt.

Quidam negant ob c. 2. de vſur. in 6. r.

§. III. Quamuis vero ius diuerſum ex his textibus haud erui et deriuari queat, ad minimum tamen liquet, Pontifices admo-

Epicriſis ſuper hac diuerſitate opinionum.

admodum inclinaſſe et propendiſſe ad *æquitatem*, et admiſiſſe, vt in allatis cauſſis *ius perfectum* tertio ex alterius pacto acquiri queat, licet huius *non interſit*, ita vt promiſſori integrum non ſit, promiſſum reuocare, antequam a tertio promiſſum nondum acceptatum fuerit. Quamuis vero 1) Pontifex hoc æquitatis principium in *beneficiis* ſecutus fuerit, ex nullo tamen indicio appareret, eum hoc ad *collationem beneficiorum* reſtringere, et in hac *ius ſingulare* conſtituere voluiſſe, ſed quia de ea interrogatus fuerat, non iuxta *apices iuris Romani*, ſed iuxta *æquitatis naturalis tramitem*, quam *ius canonicum* præfert, deciſionem formandam eſſe cenſuit, certo indicio, hodie hoc lumine, hoc duce vnice in *fidei implemento* incedendum, quæ ſanctiſſima merito eſſe debet. Cum enim recta ratio doceat, alterius commodis inſeruiendum, et *fidem*, in tertii fauorem datam, ſeruandam eſſe, palam eſt, eum, qui in fauorem tertii promiſſum accepit, ei hac *acceptatione* ius acquirere voluiſſe, quod is, *vbi ratum habuit*, exigere poteſt. Inanis vero eſt SANCHEZII *cit. l.* obiectio, collationem beneficii non eſſe *donationem*, ſed exſecutionem eius, quod Epiſcopus facere tenebatur. Etenim *abſenti* beneficium conferre haud obſtrictus fuit, ergo reſpectu eius omnino eſt *donatio*, quamuis *in genere* ad id conferendum obſtrictus ſit. Nec 2) alter textus huic ſententiæ refragatur, in quo Pontifex vnice id agere videtur, vt abſtrahat a quæſtione vulgata: *an et quatenus ex contractu noſtro alteri valide ius perfectum acquirere valeamus?* et pro omni dubio remouendo declarat, α) ad minimum *auctoritate præſentis conſtitutionis* tertio ius agendi acquiri: β) nullam ſupereſſe dubitandi rationem, poſtquam præterea *perſonis publicis*, vt Notario publico de mandato ordinarii vel ſacerdoti parochiali in fauorem abſentis de-

bito-

bitoris de vſuris reſtituendis cauendum, quæ præcautiones adhibendæ fuerunt, vt eo minus ſcrupulus a leguleiis ex *iure Romano* moueri, et cautio ipſa ex vulgata regula, *quod nemo alteri paciſci liceat*, a debitore impugnari queat. Erronea igitur rurſus eſt concluſio, quam SANCHEZ. *cit. l. n.* 21. *ex c.* 2. *de vſur. in* 6. trahit, quod Pontifex ipſe diſpoſuerit, *neminem poſſe alteri acquirere de iure canonico*, niſi *perſona publica* fuerit; cum tamen verba capituli id minime euincant, ſed potius hanc theſin in medio relinquant, et dumtaxat cautionis gratia *perſonæ publicæ* interuentum requirant.

§. IV. Ita quidem probabiliter ex *iuris canonici* dogmate, pro vſu hodierno firmando, rationes ſubduci poſſent, quæ tamen ita non ſunt comparatæ, vt iis tuto fidere et inſiſtere queamus. Nec etiam diſtinctio, quam ALPHONSVS de OLEA *cit. loc.* ſuam fecit, rem conficit, cum in effectu parum referat, vtrum formula pacti ita concepta fuerit: *promitto TIBI, me Titio daturum*; an vero ita: *promitto, me Titio daturum*, quod contrahens, qui in commodum tertii pactum iniit, et promiſſum acceptauit, vtroque caſu id intenderit, vt *abſenti tertio* ius acquirere voluerit, quod id vtroque textu, inſuper habita hac diſtinctione, corroboratum admiſſumque eſt. Certius et euidentius fundamentum huius cauſſæ, quam nunc ingredior, ex *ſanctitate datæ fidei*, quam Germani præ ceteris populis egregie coluerunt, et *ſimplicitate iuris naturæ*, quæ Germanis in *pactis* et *promiſſis* vnice curæ cordique fuit, et adhuc hodie ſeruatur, peti et deriuari poteſt, quippe quibus tum ſcrupuloſa iuris Romani doctrina, *quod nemo alteri ſtipulari queat*; tum *ceſſionum ambages* et differentiæ actionum *directarum, vtilium*, immo et *mandatarum* in hoc argumento prorſus incognitæ fuerunt.

Diſpoſitio iuris canonici non penitus indubia eſt.

Certius principium ex iure Germanico petendum.

Digitized by Google

runt. De ipſa ſanctitate datæ fidei *Germanorum* alibi edisserui in *diſſ. de ſucceſſ. coniug. ex pact. dotal. c. 1. §. 6. et ſeqq.* quam etiam ore vno agnoſcunt interpretes *ad tit. de pact.* docentque, pactis quibuſcunque certis et determinatis vim et efficaciam ineſſe ex *iuris Germanici* principiis. Hæc ſub generali regula adducuntur in *iur. prouinc. Saxon. lib. 1. art. 7.* Wer etwas borget oder gelobet, der ſoll es gelten, und was er thut, das ſoll er ſtett halten, nec diſtinguitur, vtrum quis *ſibi* an *alii* ſtipulatus fuerit: ſufficit *fides data*, quam adeo ſanctam habuerunt, vt eam non ſeruantem nota infamiæ aſpergerent. Hoc egregie obſeruauit MEVIUS *in comment.* Von wucherlichen *Contracten. p. 1. C. 3. §. 2. ſeq.* aiens: Glauben nicht zu halten, iſt bey den Deutſchen die gröſſeſte Schand, und mehr geweſen, alſo daß die daran gemißhandelt, infames geworden, keiner Ehren und commercii gewürdiget, ja man ſchreibet, daß man mit demſelben nicht aus ein Geſchirr trincken wollen, quod fuit inter illos infamiæ ſpecies, nachdem ſie dem Trunck ergeben, und des Zutrinckens als Anzeige ſonderbahrer Ehre und Freundſchaft geweſen, id quod adhuc hodie in cauſſis *obſtagiorum*, in Holſatia vſitatorum, planum atque perſpicuum eſt. Vnde recte concludit IDEM *p. 4. deciſ. 112. n. 4. et 5.* per *conſuetudinem vulgarem*, qua non poteſt non *ius Germanicum* antiquum deſignare, *hodie iſtam regulam de non quærenda alteri obligatione non amplius obſeruari.* Idem fatetur COTHMANN. *vol. II. reſp. 54. n. 88. ſq.* vbi hoc ipſum *moribus et conſuetudine* eſſe receptum, ait, quod de *iuris Germanici principiis*, quæ hoc nomine communiter deſignantur, accipiendum. In propatulo enim eſt, ea, quæ *communi Germaniæ conſuetudini*, quæ *moribus*, quibus Germani potiſſimum olim vixerunt, attribuuntur, ex communi quodam principio Germanis

Quod ſanctitatem fidei datæ admodum coluit.

ICtorum confeſſione in hoc argumento roboratam.

Digitized by Google

manis proprio deriuanda eſſe. Agnoſcit idem dogma BRVNNEMANN. *ad l. 25. D. de pact. in fin.* additque hanc iuris naturæ rationem: *et ſane hominis intereſt, vt homo alter beneficio a ſe afficiatur. Vtinam omnibus prodeſſe poſſim, optimorum votum eſt.* Pariter B. THOMASIVS in *not. ad* §. 4. *Inſt. de inutil. ſtipul.* in eandem tranſit ſententiam, *et moribus Germaniæ* regulam iuris Romani prædictam, tanquam nimis ſubtilem, haud obſeruari ſolere aſſerit. Nec ab ea alienus eſt BERGERVS *in œcon. iur. lib. III. tit. 3. §. 3.* fatendo, ſe obſeruaſſe, in foro reſpici *ad ſimplicitatem iuris gentium,* (cui in materia de pactis Germani vnice addicti fuere) *nec ſolum ſtipulanti, ſed etiam tertio actionem dari,* quamuis in collegiis electoralibus Saxonicis regulæ iuris ciuilis ſtari ſoleat, quod præiudiciis antiquis tribuendum. Planius hanc cauſſam agit atque tuetur STRYKIVS *in V. M. ad tit. de pact.* §. 12. atque eam hac ratione inſtruit: *nihil obſtat, quo minus ex ratione iuris gentium alteri per alterum obligatio acquiri poſſit, modo tertii ratihabitio poſtmodum acceſſerit. Gerit enim ita ſtipulator negotium alterius, et hinc æquitas ipſa poſtulat, vt vtilitas geſtionis, quorſum et ius petendi pertinet, in alterum tranſeat; nam et hoc caſu promiſſi fidem violaſſe nefas eſt.* Omnes hi in eo conſpirant, hodie non *apices iuris Romani*, ſed ſimplicitatem *iuris naturæ,* a Germanis vnice agnitam et aſſumtam, ſpectari, quibus etiam LEYSERVS *in medit. ad Pand. ſpecim.* 519. *ſub n.* 4. *et* 5. accedit, et, *intereſt naturaliter*, ait, *acceptantis, vt alter, cuius nomine acceptauit, per ipſum beneficium afficiatur, id quod iam olim* PAPINIANVS *in l.* 7. *de ſeru. export. agnouit. Vt ſpecialius ipſius interſit, lex naturæ non deſiderat. Sufficit enim qualecunque intereſſe. Itaque quod ei promiſſum eſt, quodque ſeruare eius intereſt, contra ipſius voluntatem reuocari non poteſt.* Prouocat etiam ad diuerſitatem iuris Romani

et Germanici SCHILTER *exerc. VIII.* §. 27. atque §. 28. *in f.* addit, *vim iuri fideique Germanicæ a Dd iuris ciuilis nimis ſuperſtitioſis illatam eſſe.* Inter hos primum locum tenet B. HARPRECHT *conſil.* 30. *n.* 344. *ſqq.* atque ex vulgaribus axiomatibus *ius ciuile* ſtricte retinendum eſſe cenſet, quod contrariæ conſuetudines particulares ſint, nec *de loco ad locum* extendi debeant, *vniuerſalis conſuetudo* contraria vero probationem deſideret, a nemine hactenus aſſerta aut aſſerenda. Nec aliter rationes ſubducere potuit ICtus magni nominis, præiudicio hoc deceptus: ius Romanum *in genere*, et ita etiam in *hoc argumento* pro *regula vniuerſali* eſſe receptum, et in Germania valuiſſe: paſſim quidem in quibuſdam locis per contrariam *conſuetudinem* huic rurſus derogatum; hanc vero tantum *particularem* eſſe, nec *vniuerſalem* doceri poſſe: omnia *iura*, quæ ſeceſſum a iure Romano faciunt, eſſe *particularia*, ſtatuta, leges prouinciales: *vniuerſales* alias deficere etc. Sunt vero huius farinæ aſſerta nil niſi *petitiones principii.* Nego, ius Romanum in materia de pactis pro regula *vnica* et *vniuerſali* receptum eſſe, cuius probatio ante omnia deſideratur. Nego, hoc poſtea hinc inde abrogatum fuiſſe per conſuetudines particulares. Nego, præter ius ciuile *ius* aliud *domeſticum* deficere, cum negari nequeat, ante receptum ius Romanum *ius domeſticum* circa promiſſa in Germania obtinuiſſe. Nego, *conſuetudinem* ſeu *ius vniuerſale* per Germaniam diuerſum doceri non poſſe, cum iam oſtenderim, id, quod *conſuetudinem particularem* vocat, iuri Germanico tribuendum eſſe, cuius vis et efficacia per *extranei iuris* principia diuerſa debilitari atque extingui non potuit, quod ipſe HARPRECHTVS agnoſcere cogitur, aſſerendo, hodie ex pactis quibuſcunque certis atque definitis dari actionem, prout LAVTERBACH. *ad tit. de pact.* §. 68. docet, cuius veſti-

Præiudiciis communibus reſpondetur.

veſtigia preſſo pede ſequitur *vol. nou. conſil. 7. n. 72. ſq.* et *conſ. 36. n. 41. ſeq.* Id vero præſupponit *diuerſum ius generale*, quod et ante iuris Romani vſum obtinuit, nec per hunc eliminari potuit, id quod eſt ipſum ius Germaniæ antiquum. Dicendum itaque eſt, huic in materia de pactis tamdiu ſtandum, donec iuris Romani peregrini et rationibus rei Germanicæ repugnantis receptio doceatur. Hæc ſi perpendiſſet HARPRECHTVS in *tr. de fideic. conuent. §. 16. ſqq. et §. 60. ſqq.* in tot tricas et difficultates circa hoc argumentum non incidiſſet.

Vſus huius doctrinæ in feudalibus

§. V. Huius doctrinæ vſus ſeſe potiſſimum diffundit in *materias feudales*, in quibus iuris Germanici vigor vbique ſeſe exſerit, quod vel vnico illuſtrandum exemplo. Notum eſt, feudum *nouum* eſſe, quod vaſallus primum acquiſiuit, quodque in eius deſcendentes tantum, non collaterales, tranſit. Quid vero, ſi vaſallus *ex mera gratia* domini feudum acquirat, et per eandem domini gratiam impetret, vt cum eo ſub *qualitate antiqui feudi* inueſtiatur? Ex hoc pacto cum domino inito ius ſuccedendi etiam agnatis acquirit, quorum ſpecialis conuentio ne quidem deſideratur. STRVV. *in ſynt. iur. feud. C. III. aph. 3.* HORN. *in iuriſpr. feud. C. 3. §. 10.* Hoc caſu *ex mera liberalitate* domini vaſallus feudum acquiſiuit, quod ſuppono atque ſpeciatim deſidero: beneficio huic quoque tribuendum, quod ius ſuccedendi eius agnatis tributum. Eius tamen non adeo *ſpecialiter* interfuit, vt agnati ſuccederent, quibus nihilominus proſpicere et *voluit* et *potuit*. Id quod ſi ad principia iuris Romani reuocandum, agnatis nullum ius ſuccedendi tribuendum eſt, quod paciſcentis haud *ſpecialiter* interfuerit, vt agnati ſuccederent. Quin etiam ex eadem gratia permiſſum erit, *extraneo*

ius ſuccedendi acquirere, ſi vel maxime ne quidem ſimultanee inueſtitus fuerit, exceptis illis prouinciis, in quibus agnati vel *extranei* non aliter, quam per *ſimultaneam inueſtituram* ſuccedere queunt. Pariter in pactis dotalibus hodie coniuges proſpicere ſolent ſuis conſanguineis, alias forſan a ſucceſſione per ſtatutum excluſis. In Saxonia maritus *heres eſt mobiliaris*; integrum tamen ei eſt, eidem renunciare, ad hunc effectum, vt mobilia in defectu liberorum conſanguineis vxoris, vel proximioribus vel remotioribus, vel omnibus vel quibuſdam, obueniant, quamuis vxoris *ſpecialiter* non interſit, vt, marito excluſo *conſanguinei* cedant. Quocirca, vxore ſine liberis decedente, mobilia non marito, ſed ex pacto vxoris conſanguineis *deſignatis* cedunt. Neque etiam hæc ſpecies cum caſu *l. 3. C. de donat. ſub mod.* comparari poteſt. In hoc enim donans *rebus a ſe alteri donatis* hanc legem ſcribit, vt tertio poſt certum tempus reſtituatur; ſed in ſpecie adducta vxor marito nihil donat, ſed ius, quod in *mobilia* per *leges prouinciales* habebat, aufert, et in conſanguineos transfert, quod ex iuris Romani principiis demonſtrari nequit. Quis ergo negaret, hodie per *pactum* tertio *ius perfectum* tribui poſſe, etiamſi eius *ſpecialiter* non interſit? Id quod pluribus aliis exemplis illuſtrari poſſet, niſi finem tractationi imponere exigerent anguſtioris temporis rationes.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO XXIX.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XIV.

DE

CONTRACTV NON PRAELECTO.

CAPVT I.

DE

FVNDAMENTO PRAELECTIONIS, IN CONTRACTIBVS ADHIBENDAE.

ARGVMENTVM.

§. *I. Iuriſprudentia applicationem iurium in cauendo maxime demonſtrat. II. Prælectio cautionis gratia a legislatoribus eſt introducta. III. Definitio prælectionis eiusque explicatio. IV. Quatenus prælectio ſupponat ſcripturam ab alio proceſſiſſe. V. Coram quibus fieri debeat. VI. Qualitates ſcripturæ, ex qua prælectio facienda per certas regulas exhibentur. VII. Scriptura damnabilis quatenus prælegenda. VIII. Excutitur quæſtio: quid per vocem contractibus in titulo intelligatur? IX. Quatenus ſcriptura probationis et declarationis gratia adhibeatur. X. Quatenus ſubſtantiam Contractuum tangit. XI. Fundamentum prælectionis ſcripturæ probandi vim habentis. XII. Subminiſtratur Cautela. XIII. Deducitur id vlterius ex iure ciuili. XIV. Fundamentum prælectionis, declarationis Scripturæ tantum vim habentis. XV. Fundamentum prælectionis, vbi ſcriptura ſubſtantiale requiſitum Contractus conficit. XVI. Applicatur hoc ad litterarum obligationem.*

§. I.

De iuriſprudentia cauente.

Iuriſprudentia omnis cum duabus abſoluatur partibus, *interpretatione et applicatione* iuris: merito ciuilis iuriſprudentia ad hæc duo capita reuocanda, et inde etiam diiudicanda; adeo vt cum ſororio quaſi vinculo hæc duo coniuncta eſſe debeant, iuriſprudentis ſeu ICti nomen non mereretur, qui vinculum hocce diuellere auſu reprehendendo conaretur. De vitiis inde vt plurimum deſcendentibus nihil dicam, cum alius meditationis hæc res ſit, ſed ſolum id, quod ſcopum meum concernit, quoad applicationem iurium ad facta ſingularia monebo, et hic ſingularem prudentiam requiri, vt prudenter et caute applicatio fiat. Non enim abſoluitur hæc applicatio tantum iudicando vel aduocando vel etiam conſulendo, ſed etiam *cauendo*, cum talia præcepta vbique concurrant, quibus non obſeruatis non tantum tuto contrahi, aut negotium geri nequit, ſed etiam ſæpius præiudicium ingens cuilibet in vita ciuili agenti affertur. Hinc grauiſſimum monitum quorundam ICtorum inclytorum omnino ſua conſtat veritate, videlicet, eſſe quædam in iure communi præſcripta, quæ a nullo, etiam iurium minime perito ignorari debeant, maxime ſi in negotiis quotidianis caute et tuto verſari velit. Et hoc ipſum eſt quod CICERO *lib. 1. de Orat.* in ICto requirit, ſcilicet *vt legum et conſuetudinis eius, qua priuati in ciuitate vtuntur et ad reſpondendum et ad agendum et ad CAVENDVM peritus ſit*, id quod erudite, pro more, exponit Legum et conſuetudinum Allemannicarum aſſertor validiſſimus SCHILTERVS *Prax. Jur. Rom. Ex. 1. th. 4. ſeqq.* conf. VLRIC. HVBER. *Præl. ad D. tit. Præſcript. verb.* §. 2. Præcepta autem,

autem, ad cauendum tendentia, ita comparata ſunt, vt partim *conſilii* inſtar ſint ad *bene eſſe* facientia, non præciſe ad *eſſe*, et ſic circumſpectionem et *prudentiam* inferunt, *l. quoniam l. 11. C. de Teſtib.* STRYK. *de Caut. contract. S. 1. c. 1.* §. *3.* partim vero *neceſſitatem* quandam contineant, quando ſcilicet leges impoſuerunt ſubditis quandam curioſitatem adhibendam circa negotia ciuilia, ceu paſſim expoſui in diſſ. *de Imputat. culp. propr.* vel etiam alia præcepta excogitarunt, quæ cautionis inſtar contrahentibus eſſe debent, ne decipiantur, haud difficulter decipi poſſunt.

§. II. Vbi hæc conſiderans penitius rem inſpicio, animaduerto, *prælectionem* in iure noſtro in negotiis ciuilibus adhibendam *ad cauendum* omnino introductam et præſcriptam eſſe, partim vt ſit *arbitraria*, vt per eam contrahentibus et negotium aliquod gerentibus rectius proſpiciatur, et fraudes, quæ facile occurrere in tali negotio poſſunt, auertantur; partim etiam, vt ſit *præcepta*, et a legibus iniuncta, non quidem per modum *ſolemnitatis*, ſed intuitu conditionis ipſius cauſſæ, quæ alias non admittit ex natura ſua regulas. In diſſertatione *de teſtamento non prælecto*, hoc ipſum quadantenus illuſtratum eſt, ſimulque oſtenſum, leges proſpexiſſe cœcis et peritia legendi deſtitutis per prælectionem, ex natura rei deductam et demonſtratam. Quæ materia, cum quidem tunc meditatio ad Teſtamenta eſſet reſtricta, me vlterius deduxit ad *Contractus*, ita vt valde dubiam mihi traxerit ſententia mentem, eſſentne contractus ſecundum legum diſpoſitionem contrahentibus prælegendi necne, præſertim repertis eiuſmodi fundamentis, quæ facile animum ad neceſſitatem prælectionis trahere poterant. Statim ergo tunc quidem firmiſſimum cepi propoſitum, et huius mate- *Quo fine prælectio deſideretur?*

riæ

riæ excuſſionem vberiorem ſuſcipiendi, et quatenus prælectio in contractibus aliisque affinibus negotiis ſit adhibenda, indagandi. Id quod quidem in præſenti efficere conſtitui, nixus et rationibus ex ipſa natura rei deſumtis, et ipſarum legum deciſionibus, quo quidem ſine dubio fiet, vt me non vbique ad communes Dd. ſententias, quippe in hac materia ſæpius a iure ciuili recedentes, accommodare potuerim. Interim omnino perſuaſiſſimum habeo, hanc materiam circa inutiles iuris apices aut otioſas quæſtiones haud verſari, ſed praxi quotidiana inniti, adeoque eo magis neceſſariam expoſcere meditationem. Faxit Deus feliciter.

Prælectio quid?

§. III. Eſt autem prælectio nihil aliud, quam actus, vi cuius illa, quæ in ſcripturam ſunt redacta, coram illis præcipue, quos negotium concernit, recitantur, non tantum vt audiant et percipiant, quæ in illo ſcripto latent, ſed etiam vt perfecte intelligant. Adeoque *Prælectio* hic non eſt *nuda*, ſed talis, quæ ad finem a legibus prælectioni præſtitutum, conſequendum tendit; et ſic duo innoluit 1) ipſum *actum recitationis*, qui clare, diſtincte et ſine fraude fieri debet, 2) *explicationem* neceſſariam eorum, quæ in ſcriptura continentur, intelligi tamen ex ſimplici relatione a quouis nequeunt, quæ duo ex *fine* determinationem ſuam accipiunt. Vnde lectio τὸ *intelligere* hoc caſu comprehendit, ſecus ac in *L. 1. pr. ff. de his quæ in teſtam. del.* vbi τὸ *legere* et *intelligere* opponuntur in caſu, vbi agitur de inconſulta delectione et inductione, et *legere* ſtricte denotat *oculis perſpicere* quæ ſunt ſcripta; quæ vero non præciſe ex inſpectione, ſed *extrinſecus* h. e. legitima diiudicatione ex antecedentibus et conſequentibus et neceſſaria ſecundum materiam ſubſtratam illatione cognoſcuntur, intelligi dicuntur. Alias

tamen

Digitized by Goo

tamen vt plurimum in iure connectuntur. Sic tranſigere non licet de illis, quæ ex Teſtamento debentur niſi *inſpectis cognitisque* verbis Teſtamenti *l. 6. D. de Tranſact. l. 1. §. 1. D. Teſtam. quemadm. aper.* vbi inſpectio et cognitio coniunguntur. Recte inde notant Dd. cum ſufficere inſpexiſſe tabulas vel eas legiſſe, ſi contenta earum non ſint accurate cognita GAIL. 2. *obſ.* 139. *n.* 10. FVSAR. *de Subſtitut. qu.* 594. *n.* 19. immo ſufficit hoc caſu, id quod præcipuum eſt, oculo intellectus conſpexiſſe verba vti ex RIVINO *vol.* 2. *conſ.* 14. *n.* 12. loquitur BRVNNEM. ad *cit. l. n.* 5. cognitio enim finis eſt, quo obtento, media ceſſant. Editio rationem et inſtrumentorum non nudum actum inſpiciendi vel perlegendi continet, ſed ita comparata eſſe debet, vt inſtruere aduerſarium h. e. vt is perfecte cognoſcere contenta queat *l. Argumentarius* 10. §. 2. *D. de Edendo.* Qui rationes reddere obſtringitur non tantum eas legendas offerre debet, ſed principaliter computandas, vt explorari poſſit, imputationes probe an improbe referantur. *Ineſt enim his verbis*, ait accurate ICtus CALLISTRAT. *in l. cum ſeruus* 82. *ff. de Condit. et demonſtr. eos notitia inſtrui rationum, vt ſciant, quid in quaque ratione ſcriptum ſit.* Et paucis interiectis: *Vt legeret, examinaret, exiperet.* Vlterius id declaratum eſt in diſſ. *de Teſtamento non prael.* ratione cœci et imperiti litterarum.

§. IV. Prælectio porro ſupponit *ab altera* ſcripturam proceſſiſſe, qui vel ſua animi ſenſa ibidem expoſuit, vel noſtra mandato noſtro excipere voluit. Vtroque poteſt neceſſaria eſſe, non tantum quoad eum, qui legendi peritia gaudet, ſed etiam qui ἀναλΦάβητος eſt. Et quidem quoad hunc res caret dubio. Quoad illum vero ſæpius ideo neceſſaria eſt, vt mentem noſtram

Supponit inſtrumentum ab alio ſcriptum.

inibi expoſitam intelligat, et per noſtram declarationem ſubiunctam cognoſcat, præſertim ſi in tali verſemur materia, quæ obſcurioribus et obſtruſis eſt inuoluta artis terminis. Nemo autem rectius illa, quæ ſcripta ſunt, declarare poteſt, quam ipſe concipiens, et prælectio ab hoc cum ſuis qualitatibus et requiſitis fieri inprimis debet. Ceterum ſi prælectio fiat ab aliis, quam qui conceperunt ſcripturam, omnino cautione opus eſt, ne decipiamur per contortas et ſophiſticas explicationes, qua mentem ſcribentis nobis exponere ſatagunt; præſertim ſi talis fuerit materia, vbi quiuis iudicium, modo politum et limatum fuerit, adhibere debet, nec præciſe dependere, ab ore et interpretatione alterius. Eſt hoc vitium communius, quam vt ſatis deteſtari queat. Sæpe permittitur prælectio, immo iniungitur, ſed hac lege, vt interpretatio non alia adhibeatur, quam quatenus illi, qui hanc poteſtatem neſcio quo iure ſibi vindicant, ſcripturam illam intelligi voluerunt. Ceteræ cognitiones damnantur, reiiciuntur, et neſcio quid criminis illis affingitur. In illis, quæ ipſi ſcripſimus, ſumus noſtrorum verborum optimi interpretes, et eatenus admiſimus, prælectionem debere eſſe adornatam ad explicationem eius, qui illam concepit. In alienis interpretatio cuilibet, modo ſcientiam rei habeat, nec aliis adminiculis deſtituatur, eſt relinquenda, nec ad certas remittenda perſonas, vt noſtra cognitio præciſe et ſub ratione neceſſitatis ex horum cerebro ſolum dependeat. Sed quo rapior? in viam redeam, vlteriori cuiuslibet meditationi hæc relinquens.

Coram quo fieri debeat?

§. V. Diximus, prælectionem fieri debere iis, *quos negotium concernit.* Et hactenus eſt *neceſſitatis:* in aliis enim, qui non peculiare intereſſe (vid. *l. 13. D. ad exhib.* ex illa prælectione doce-

docere poſſunt, eſt *voluntaria* et arbitraria, immo plane denegari poteſt. Conf. *l. exhibendum 19. D. ad exhibendum*, vbi exemplum Studioſi alicuius doctrinæ, exhiberi ſibi hos vel illos libros, poſtulantis, affertur, rem ſatis illuſtrans. Et ea ratione intelligo, quæ generalius quodammodo exprimit CAIVS in *l. 1. D. teſtam. quemadm. aper.* his verbis: *omnibus, quicunque deſiderant tabulas Teſtamenti inſpicere etc. poteſtatem facturum ſe Prætor pollicetur.* Supponendi enim hic vtique ſunt illi, quorum intereſt, et qui non animo calumniandi hoc petunt vid. GOTHOFRED. in *Not. ibid. l. 6.* GAIL. *1. obſ. 106. n. 2. 3. l. ſi quis ex Argentariis 6. §. 2. 9. D. de edend.* Hoc tamen intelligendum eſſe facile apparet de caſu, vbi nudæ cognitionis gratia prælectio requiritur. Vbi enim ad futuram rei memoriam fit, et in ſpecie talis ſubeſt caſus, vbi leges iuſte timent fraudes et inſidias, vbi quoque coram *aliis* fieri debet, veluti *teſtibus*, qui poſtea dicere poſſint, prælectionem re vera factam fuiſſe, et quidem legitime, ceu *l. hac conſultiſſima 8. C. qui teſtam. fac. poſſ.* illuſtrat et fuſius in diſſ. *de teſtam. non prælecto* declaratum. Obſeruatio hæc ex poſtea dicendis euidentiorem lucrabitur lucem.

§. VI. Denique *Scriptura* ſupponenda, ex qua prælectio facienda. Illa vera vel ad *ſubſtantiam* actus pertinet, vel ſolum ad eius *probationem* tendit. Vtrobique neceſſaria eſſe poteſt, magis tamen in illa, quam in hac. Et hæc ipſa quidem multum omnino facit ad diiudicandum, quatenus ſit *arbitraria* et *neceſſaria* prælectio. Immo exinde aliquando *illicita et damnabilis* deprehenditur. Tentabo, an exinde regulas quaſdam, in poſterum dicendis lucem allaturas, ſtruere poſſim. I) *Quæcunque ſcriptura vinculo obligationis, ſpontanee ſuſceptæ, nos con-* *Quando prælectio neceſſaria ſit?*

ſtringit, et ita concepta eſt, vt ea non perlecta et intellecta, facile decipi tam nos quam alii poſſint, eius *prælectio neceſſaria*, talis ſcilicet, quæ ad finem obtinendum tendit. Subiungam huic aliam: II) *Scriptura quæ per ſe ſatis aperta et clara, et quam illi, ad quos ea res pertinet, legere et intelligere poſſunt, alterius prælectionem non requirit*, niſi in ſpecie hanc lex ciuilis *ſolemnitatis* cauſſa requirat. Huc refero *t. 1. C. de ſentent. ex periculo recit.* vbi *l. 1.* ſententia arbitri nulla declaratur, quam ſcriptam quidem edidit litigatoribus, ſed non ipſam *recitauit.* Idem et ordinariis iudicibus iniungitur in *l. 2. cit. tit.* vt ſententias ſcriptas ex libello partibus legant, quod idem in *L. ſubſequ. 3.* confirmatur.

Quid operetur prælectio ſcripturæ damnatæ.

§. VII. Quo magis vero ex dictis caſibus prælegendi neceſſitas apparet, eo minus toleranda eſt quoties *præiudicium* alteri inde conciliatur, vel ipſa *in ſe damnabilis eſt* et *improbatæ lectionis* ſcriptura. Hic ampliſſimus diſſerendi campus nobis aperiretur, niſi eo ipſo a ſcopo diuelleremur; declarabimus tamen rem paucis, per indicem ſaltem indicaturi ad vlteriores meditationes materiam ſufficientem. Pertinet huc exemplum, ſi Aduocatus ſcienter falſum inſtrumentum recitauerit, de quo caſu diſponit *L. falſi nominis 13. ff. ad L. Cornel. de falſ.* vbi et pœna recitationis huius illicitæ habetur, conf. *l. annonam. 6. §. 1. D. de extraord. crim.* et *Diſſ. de Teſtam. non prælect.* §. 1. et 2. vbi plures caſus huc facientes expoſiti ſunt. Ceterum ſcripturæ in ſe damnabilis adeoque nec legendæ nec prælegendæ paſſim obuia exempla ſunt, et experientia frequentiſſima non deſtituuntur; quo pertinent, qui libellos famoſos diuulgant, vel vt in aliorum notitiam veniant, quod etiam fieri poteſt per doloſam prælectionem, curant. *L. Lex Cornelia 5. §. 9.* ibi: *ediderit.*

Digitized by Google

derit. D. de iniur. et fam. libell. l. un. Cod. de fam. libell. ibi: *ſed vim earum alii manifeſtauerit.* Conf. *R. I. de anno 1530.* §. Und nachdem durch die unordentlichen etc. *Reform. Polit. de An. 1541.* §. Ferner haben wir befunden. *Ord. Polit. de an. 1577.* von Buchdruckern und Schmäh-Schriften. In eadem cum his naui ſunt, qui libros iniurios in aliorum famam ſub ſpecie vel zeli pii vel boni publici edunt, et ſic aliorum lectioni ſubiiciunt, fingentes portenta et monſtra, vt aliorum ſapientum virorum ſcripta ſuſpecta faciant. Pertinent huc in ſpecie libri *improbatæ et prohibitæ lectionis,* magici forte, de quibus *l. cetera 4. §. 1. D. famil. berciſc.* LAVTERB. *tit. de contrahend. E. V. p. m. 302.* vel etiam hæretici, quos legere ſub grauiſſima pœna interdictum, flammis quippe deſtinatos *L. damnato 6. C. de Hæret.* Hic vero plures rationes dubitandi non deforent, anſam præbentes inquirendi, quatenus lectio talis illicita eſſe, et a Principe, vel vt dicam quod ſentiam, a Clero orthodoxo, qualem ſe fingit, prohiberi poſſit. Principalis ſine dubio ibi excutienda foret quæſtio hactenus vix excuſſa, quibuſnam libris Hæreſeos infame nomen optimo iure poſſit? quinam pro orthodoxis reputandi? et an tuto fidere poſſimus eiuſmodi damnationibus et iniurioſis plurimorum aſſertionibus, cum ſciamus, multa dici, quæ non ſunt, plurima vt venenum mortiferum reiici et damnari, quæ ſanæ doctrinæ ſapiunt dulcedinem. Carnalis affectus et zelus immaturus fere vbique regnat. Sed iam quidem manum de tabula. Eſt hæc materia ſatis diffuſa et digna, vt ἀκριβῶς excutiatur, et a ſpuriis principiis, tyrannidem ſacram præ ſe ferentibus, liberetur; id quod expediui in diſſ. de *libris improbatæ lectionis.*

Quid hoc loco voce contractus denotetur?

§. VIII. Ne vero iuſto longius a via diſcedamus, propius accedamus ad illam ſcripturam, de cuius prælectione hic in primis agendi locus. De prælegendis contractibus vnice ſumus ſolliciti, vbi id quidem patet, per *contractum* hic non denotari ipſam conuentionem ſimpliciter, ſed quatenus ſcriptura comprehenditur, ſiue hæc ſubſtantiam ipſius conuentionis afficiat, ſiue non. Neque infrequens eſt vulgato vſu loquendi contractum pro chirographo vel inſtrumento ſæpius metonymice accipi. vid. BORNITIVS *de Inſtrum. l. 1. c. 3.* Denotat ergo hic vox contractus generalius omnem conuentionem, circa quam ſcriptura verſatur, quo generaliori ſenſu etiam hanc vocem accipi in iure teſtis eſt HAHN. *ad Weſ. tit. de pact. n. 2.* Quo ipſo abſtracto ab omnibus controuerſiis, quæ circa contractuum differentias a pactis et hiſce ſimilibus moueri ſolent, tum quod de eo nunc quidem haud agamus, tum quod *mores Germaniæ* hac in re aliis ſuffulti ſint regulis, reiectis illis, quæ ad mores Romanorum adaptatæ erant.

Quatenus ſcriptura probationis gratia adhibeatur?

§. IX. Cum vero ſcripturam, quatenus contractus vel ſimiles conuentiones comprehendit, principaliter conſideremus, prima cura erit, vt indicemus, qua ratione ſcriptura circa contractus vel conuentiones verſetur. Vbi I) omnino certum eſt, contractus pleroſque ſcripturam ad ſui ſubſtantiam non deſiderare; *fiunt enim de his ſcripturæ*, ait ICtus in *l. contrahitur. 4. D. de pignor. vt quod actum eſt, per eos facilius probari poterit, et ſine his valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem*; quod ipſum repetitum in *l. in re hypothecæ. 4. D. de fid. inſtrum.* (quæ geminatio num ex ſingulari ſtudio a compilatoribus facta ſit, vti non nemo autumat, ne quis videlicet incuriam eorum incuſare poſſit, ego quidem in dubio relinquo. Sane valde ſubtile eſt,

eſt, id ſimpliciter aſſerere velle, cum et alii textus infiniti gemina vice in corpore noſtro deprehendatur. Et quæ demum incuria compilatoribus imputanda foret, ſi vna vice hunc textum ſolum in corpus iuris retuliſſent? Immo ſi plane non retuliſſent, eadem tamen veritate res niteretur) conf. *l. Publia Mevia 16. §. 2. D. depoſ.* BORNIT. *cit. tr. c. 4.* Et eatenus arbitraria eſt, nec ingreditur ſubſtantiam contractuum, ad quod ſine dubio reſpexit CAIVS in *l. 1. §. 1. D. de obl. et act.* vbi dicitur, quod in contractibus conſenſualibus *ſcripturæ nulla proprietas* deſideretur, h. e. *ſolemnitas*, vti recte GOTHOFRED. in *not. ibid. lit. l.* annotauit. Eſt porro II) Scriptura *medium ſignificandi et declarandi noſtram voluntatem* in conuentionibus, non tantum neceſſarium, ſed tanquam ſignum aliquod arbitrarium declarandi noſtram voluntatem, quæ intus habitat. Hunc in ſenſum accipio PAVLVM in *l. 38. D. de obl. et act.* ubi ait: *Non figura litterarum ſed oratione, quam exprimunt litteræ, obligamur, quatenus placuit, non minus valere, quod ſcriptum, quam quod vocibus lingua figuratis ſignificatur.* Simpliciſſimus enim, repudiata omni ſubtilitate, horum verborum ſenſus eſt, conuentionem conſiſtere in conſenſu, et exinde obligationem oriri. Cum vero hic conſenſus ſignis externis ſit declarandus, non ex ſignis, ſiue illa ſint ſcriptura, ſiue voces ore nuncupatæ, ſed potius ex mente et conſenſu obligationem deſumendam eſſe. Conf. STRYK. *tr. de act. for. inueſt. S. 1. membr. 3. §. 44.* Clarius id exprimit PAVLVS in *l. 2. D. de pact.* quæ ex *eod. lib. 3. ad Edict.* eſt deſumta, et noua concluſio inde formata, quæ habetur in *l. 14. D. ad L. Aquil.* Fruſtraneam ergo ſubtilitatem hic excogitant, qui Paulum reſpexiſſe ad ſpecialem litterarum obligationem autumant, et hanc oppoſuiſſe ſtipulationi. Inde tam

quatenus declarationis gratia adhibeatur?

tam contorta explicatio oritur, vt Paulo plane aliena affingatur mens. Quis enim non videt, per *voces figuratas* non intelligi *verba ſolemnia,* ſed opponi vocibus, in *ſcriptis* vel *litteris* comprehenſis? Quid quod τὸ *ſignificaretur* in *l. cit.* plane a tali contorta et peruerſa explicatione alienum ſit, et illud inde ſaltim inferatur, agere hic PAVLVM de ſignis, quæ noſtram declarant voluntatem. Signa autem ſunt arbitraria. Quam vanæ ergo perſuaſiones et obiurgationes ineptæ ſunt eorum, qui myſterium aliquod vel tale quid in illa *l. 38.* ſe inueniſſe putant, quod a quouis intelligi non poſſit, niſi intelligatur ſecundum hypotheſin eorum, qui eam de obligatione litterarum intelligunt, et ſic plures ſpecies huius conſtituunt. Ceterum ne vnico Paulo inhæreamus, placet alios adducere textus, ex quibus itidem *per ſcripturam* contrahi recte poſſe declaratur. vid. *l. 48. de Act. E. V. l. 2. §. 2. D. de obl. et act. l. 13. §. f. locat. l. 1. §. 2. l. ult. §. 1. Mandat. l. Titius Seio 23. l. quidem 26. de conſtit. pecunia etc.* conf. NICOL. DE PASSERIBVS *de Scriptura priuata lib. 3. qu. 1. n. 18. ſeqq.*

Quatenus ad eſſentiam contractus pertineat?

§. X. Deinde (3) Scriptura ad quorundam Contractuum *ſubſtantiam* pertinet, vt omnis obligatio ex illa pendeat, et proficiſcatur, quale exemplum occurrit in *emtione venditione, in ſcriptis* celebrata *l. 17. C. de fid. inſtrum.* quo tendit MAXIMIL. I. **Ordnung vom Unterricht der Notarien.** *de An. 1512. §. 16.* ibi: **in denen Contracten und Händeln, darin zu ihrer** *Subſtanz* **die Schrift gehörig.** Huc refero in genere *litterarum obligationem,* vbi ex litteris poſt biennium naſcitur actio efficax, excluſa exceptione non numeratæ pecuniæ. Ad hunc tamen multæ ſpecies ſpuriæ referuntur, quæ plane ab hac alienæ ſunt, veluti quod donatio veteribus etiam *ſcripto* perfici potuerit, licet non

pr-

pacto, cum textus hanc in rem adduci ſoliti, ſint alieni, et prætenſam illam litterarum obligationem non inferant. Sic *l. 77. D. de R. V.* loquitur clare de donatione, traditione iam conſummata, et ſic donatio ibi per ſcripturam non perficitur, ſed per *traditionem*, quæ ſignificata erat in litteris. Litteræ ergo ibi nihil aliud ſunt quam indices voluntatis donandi factæque traditionis. In *l. Alumnæ iure 30. §. 1. D. de adimend. vel transfer. legat.* donatio, per epiſtolam facta, denotat diſpoſitionem codicillarem, vti contextus docet, cum non infrequenter hæc locutio in iure noſtro occurrat hunc in ſenſum. Idem dicendum de *l. ſi donatio 5. C. de donat.* vbi plane ſingularis habetur caſus; ſcilicet ibi donatio per epiſtolam facta non valet *per ſe*, ſed quia verba teſtamenti ſeſe ad illam referunt, et cum epiſtola illa non appareat, confeſſio illa de donatione, per epiſtolam facta, quæ in ſe erat inefficax, tranſit in fideicommiſſum, et inde demum vires accipit. In *l. nec ignorans 10. C. eod.* non quæſtio eſt de donationis efficacia, an ſcilicet per ſcripturam perfici poſſit, ſed de interpretatione eius, quod in inſtrumento ſcriptum eſt, et ſic ibi ſcriptura conſideratur *probationis gratia.* Idem de *l. 23. C. eod.* licet enim ibi certus modus præſcribatur, qua ratione inſtrumentum donationis perfici debeat, tamen inde non ſequitur, per inſtrumentum perfici donationem. Mulier in *l. antiquæ 23. §. 2. C. ad SC. Vellei.* quando ſe obligare pro alio vult, non aliter ſecundum ius Codicis hoc poteſt, quam in inſtrumento certis requiſitis conſtante. Et tamen illa obligatio mulieris ſeu fideiuſſio non eſt ex ipſa ſcriptura. Nec plus præſidii pro hac ſententia parit *l. 29. et l. 31. C. de donat.* cum exinde euidentiſſime liqueat, ſcripturam ibi non aliter conſiderari, quam vt *medium probandi*, vid. *c. l. 29.* ibi:

adhibitis aliis idoneis documentis etc. Plura addere ſuperſedeo, quia in capitis huius fine occaſio ſuppeditabitur, inquirendi, quatenus litteraliter, vti loquuntur, contrahi poſſit, et quam vim et efficaciam ſcriptura obligationi addat prælectione deficiente.

Ratio prælectionis in ſcripturis, probationis vim habentibus.

§. XI. Quacunque ratione conſideres ſcripturam in contractibus aliisque conuentionibus adhibendam, prælectionem ſuo modo requirere videtur. Operam ergo dabo, vt ſigillatim vnumquoduis membrum ſecundum iurium principia explicem, et ſuis fundamentis neceſſariis includam. Eſt ergo prima aſſertio: *Scriptura etiam probationis gratia contractibus adiecta, ab aliis, Notario forſan, confecta, prælectionem deſiderat, ſiue contrahentes ſint periti, ſiue imperiti litterarum.* Fundamentum huius aſſertionis pono in Conſtit. MAXIMILIANI I. von Notarien, *de anno 1512.* §. Nachdem die Verwilligung 14. Verba huc facientia ſunt hæc: Denn nachdem die Verwilligung und Meynung des, der alſo vor ihm handelt, und *contrahiret*, ein weſentlich und *Subſtantial*-Stück iſt, deſſelbigen Contracts oder Handels, und aller andern Dinge, deren ſich die Partheyen vereinigen, und überkommen, ob ſie gleich von Gewohnheit dabey geſetzt würden, und dann ſolcher Conſens und Verwilligung nicht geſtrecket werden möge auf dasjenige, das einem nicht wiſſend iſt, ſo erfordert die Nothdurfft, daß ein Notarius vor ihm und den Zeugen zum wenigſten ſummarie erzehle und leſe die Pacte, Verzicht und jede Clauſuln, darauf in Kraft und Macht, der Handlung vor ihm geſchehen, geſtellet werde, und den Conſens und Verwilligung darauf ausſprechen laſſen. Conf. BORNIT. *de Inſtrum. lib. 1. c. 10.* Euidentius hoc in textu requiſitum prælectionis exigitur, quam

Digitized by Google

quam vt quidem in dubium amplius vocari poſſit. Nam 1) neceſſitas eius ſatis abundeque pateſcit ex verbis: **ſo erfordert es die Nothdurfft**, et ex rationibus, quæ prælectionem efflagitant, de quibus generatim mentionem facit Maximil. *c. l.* §. 15. verb. **ſo iſt doch gewiſſer und der Billigkeit gemäſſer, daß alſo wie obſtehet**, (ſcilicet vt prælegatur inſtrumentum) **zu halten um vieler Urſach willen**, quæ partim ex iis, quæ *in genere* de natura prælectionis ſupra diximus, partim etiam inde colligi poſſunt, quod in §. *all.* 14. dicatur: **Weil ſolcher** Conſens **und Verwilligung nicht geſtrecket werden möge auf dasjenige, das einem nicht wiſſend iſt.** Siquidem plura poſſunt inſeri chirographo a Notario ex conſuetudine, de quibus tamen partes nunquam cogitarunt, et tamen ſubſcribentem eo ipſo, quo in ſcripturam redacta ſunt et ſubſcripta, obligare decent, cum ſubſcribens præſumatur probare omnia inſtrumenti contenta, etiamſi ſcriptura ipſa ab alio ſit confecta STRYK. *de Caut. contr. S.1. c. 4. §. 11.* iam autem alia in ſubſidium venit regula iuris, quod iuri ignorato nemo præſumatur renunciare, quod conſenſus ad ignorata non poſſit trahi, vid. *l. matr. 19. verſ. nec enim D. de inoff. teſtam.* GAIL. *2. obſ. 41. n. 2.* ANDR. DALNER. *de Renunciat. c. 1. n. 18. ſeqq.* hinc vtique efflagitat neceſſitas, vt non tantum in ſpecie prælegatur contractus cum omnibus clauſulis, ſed et vis illarum clauſularum contrahentibus, eam non intelligentibus, explicetur, ceu publicis ad illam *Ordin. Notar.* prælectionibus et in ſpecie ad *verba cit.* pluribus deduxit STRYKIVS. Ex quo 2) fluit, diſtingui hic non poſſe inter peritos et imperitos legendi, vt tantum hactenus dicta obſeruari debeant reſpectu horum, non illorum. Nam et peritus legendi deſtitutus eſſe poteſt *peritia intelligendi* omnia momenta, in inſtrumento

Digitized by Google

expoſita, et ſic æque ſub prædictis rationibus continetur, idque eo magis, quia in generali conceptu prælectionis indigitauimus, eam fieri debere, vt accurate omnia illa intelligantur, quæ in ſcriptura continentur, quo tendunt verba ex *cit.* §. 14. Vor ihm und den Zeugen zum wenigſten ſummarie den Partheyen erzehle, h. e. explicet, declaret et certiorem reddat de iis, quæ ibi ſunt ſcripta, quidue intellexerit per has vel ſimiles clauſulas. Quibus explicatis demum ſubſequitur ratificatio, quod ex verbis finalibus commode deduci poteſt: und den Conſens und Verwilligung darauf ausſprechen laſſe. Ex quo ſimul ;) apparet, quod talis prælectio et explicatio ſimul coram teſtibus fieri debeat, vt et illi intelligant et ſciant, omnia abſque fraudibus aperto Marte fuiſſe geſta. Parum ergo operabitur ſubſcriptio, quamuis, vt ſupra indicatum, præſumtionem quandam pariat, ſi contenta in inſtrumento prælecta non fuerint. CARPZOV. *P. 3. Deciſ. 237. n. 18.*

Cautela eam in rem datur.

§. XII. Notatu ergo digna eſt *Cautela*, quam ſuppeditat STRYK. *in Caut. contr. S. 1. c. 4.* §. *11.* vt ſubſcriptioni præmittatur confeſſio ipſius ſubſcribentis: Daß ich dieſes Inſtrument mit Fleiß durchgeleſen (vel ita: mir von dem Notario vorgeleſen und gründlich erkläret) in allen Clauſuln wol erwogen, und darin völlig conſentiret, bezeuge ich mit meiner eigenhändigen Unterſchrift. Sane quoad imperitos litterarum minor dubitandi ratio eſt, cum ex illis, quæ in diſſ. *de Teſtam. non prælect.* fuſius dixi, ſatis apparere exiſtimem, contra imperitum non poſſe produci ſcripturam, quippe in quam abſque prælectione legitima non dici poteſt conſenſiſſe, cum incognitum ei ſit, quid in illa contineatur. Eo collimaſſe videtur Imper. in *Nov. 73. c. 8.* ex qua deſumta eſt *auth. ſed nouo iure C. ſi. cert. pet.* vbi præciſe diſponitur

Digitized by Google

nitur de imperito litterarum in ſcriptis contrahente, ita quidem, vt ſi in ciuitate contrahat, quinque teſtes omnino adhibere teneatur, vtque loco eius vnus ſubſcribat, ad excludendas fraudes, et ne quid contra placitum chirographo inſeratur. Quod tamen præciſe in praxi non obſeruari, ſed ſufficere, ſi coram Notario et duobus teſtibus contractus celebretur, et a Notario in ſolemne inſtrumentum redigatur, et ab eo ſolo ſubſcribatur, tradit STRYK. *cit. tr. et l.* §. *18.* Ex quibus omnibus patet, prælectionis neceſſitatem non tantum hic reſpicere Notarii officium, vt illi ſolummodo in conficiendo inſtrumento hoc iniunctum ſit, non vero ipſi contrahentes ad illam præciſe obligentur, ſed Notarius tantum, illam ſuſque deque habens, contra officium ſuum feciſſe dicatur, ſaluo nihilominus ipſo contractu: Nam rationes adductæ ſimpliciter neceſſitatem prælectionis ſatis euincunt, et ipſa rei natura ita comparata eſt, vt idem quoque contrahentibus iniunctum et præceptum ſit. Alioquin ſequeretur, nec teſtamentum poſſe dici nullum, vbi Notarius ſuo non ſatisfecit officio, et debitas ſolemnitates non adhibuerit, cum tamen in eadem Ordin. Maxil. Notariis iniungatur, qua ratione in iis ordinandis ſuo debeant ſatisfacere officio.

Idem ex iure Rom. probatur.

§. XIII. Quamuis vero hic textus fundamenti loco ſufficiens eſſe potuiſſet, ad neceſſitatem prælectionis demonſtrandam; quin tamen etiam ex *iure Rom. ciuili* eadem neceſſitas ſatis ſuperque demonſtrari poſſit, non eſt quod dubitem. Generalem ſane obſeruationem hic iniungit ICtus in *l. in totum 77. D. de R. J.* dum inquit: *In totum omnia, quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera et certa ſcientia perfici poſſunt.* Si ergo omnia, quæ animi deſtinatione h. e. *deliberato conſilio* per-

Digitized by Google

expoſita, et ſic æque ſub prædictis rationibus continetur, idque eo magis, quia in generali conceptu prælectionis indigitauimus, eam fieri debere, vt accurate omnia illa intelligantur, quæ in ſcriptura continentur, quo tendunt verba ex *cit.* §. 14. Vor ihm und den Zeugen zum wenigſten ſummarie den Partheyen erzehle, h. e. explicet, declaret et certiorem reddat de iis, quæ ibi ſunt ſcripta, quidue intellexerit per has vel ſimiles clauſulas. Quibus explicatis demum ſubſequitur ratificatio, quod ex verbis finalibus commode deduci poteſt: und den Conſens und Verwilligung darauf ausſprechen laſſe. Ex quo ſimul 3) apparet, quod talis prælectio et explicatio ſimul coram teſtibus fieri debeat, vt et illi intelligant et ſciant, omnia abſque fraudibus aperto Marte fuiſſe geſta. Parum ergo operabitur ſubſcriptio, quamuis, vt ſupra indicatum, præſumtionem quandam pariat, ſi contenta in inſtrumento prælecta non fuerint. CARPZOV. *P. 3. Deciſ. 237. n. 18.*

Cautela eam in rem datur.

§. XII. Notatu ergo digna eſt *Cautela*, quam ſuppeditat STRYK. *in Caut. contr. S. 1. c. 4.* §. *11.* vt ſubſcriptioni præmittatur confeſſio ipſius ſubſcribentis: **Daß ich dieſes Inſtrument mit Fleiß durchgeleſen** (vel ita: **mir von dem Notario vorgeleſen und gründlich erkláhret**) **in allen Clauſuln wol erwogen, und darin völlig** conſentiret, **bezeuge ich mit meiner eigenhändigen Unterſchrift.** Sane quoad imperitos litterarum minor dubitandi ratio eſt, cum ex illis, quæ in diſſ. *de Teſtam. non prælect.* fuſius dixi, ſatis apparere exiſtimem, contra imperitum non poſſe produci ſcripturam, quippe in quam abſque prælectione legitima non dici poteſt conſenſiſſe, cum incognitum ei ſit, quid in illa contineatur. Eo collimaſſe videtur Imper. in *Nov. 73. c. 8.* ex qua deſumta eſt *auth. ſed nouo iure C. ſi. cert. pet.* vbi præciſe diſponitur

nitur de imperito litterarum in ſcriptis contrahente, ita quidem, vt ſi in ciuitate contrahat, quinque teſtes omnino adhibere teneatur, vtque loco eius vnus ſubſcribat, ad excludendas fraudes, et ne quid contra placitum chirographo inſeratur. Quod tamen præciſe in praxi non obſeruari, ſed ſufficere, ſi coram Notario et duobus teſtibus contractus celebretur, et a Notario in ſolemne inſtrumentum redigatur, et ab eo ſolo ſubſcribatur, tradit STRYK. *cit. tr. et l. §. 18.* Ex quibus omnibus patet, prælectionis neceſſitatem non tantum hic reſpicere Notarii officium, vt illi ſolummodo in conficiendo inſtrumento hoc iniunctum ſit, non vero ipſi contrahentes ad illam præciſe obligentur, ſed Notarius tantum, illam ſuſque deque habens, contra officium ſuum feciſſe dicatur, ſaluo nihilominus ipſo contractu: Nam rationes adductæ ſimpliciter neceſſitatem prælectionis ſatis euincunt, et ipſa rei natura ita comparata eſt, vt idem quoque contrahentibus iniunctum et præceptum ſit. Alioquin ſequeretur, nec teſtamentum poſſe dici nullum, vbi Notarius ſuo non ſatisfecit officio, et debitas ſolemnitates non adhibuerit, cum tamen in eadem Ordin. Maxil. Notariis iniungatur, qua ratione in iis ordinandis ſuo debeant ſatisfacere officio.

§. XIII. Quamuis vero hic textus fundamenti loco ſufficiens eſſe potuiſſet, ad neceſſitatem prælectionis demonſtrandam; quin tamen etiam ex *iure Rom. ciuili* eadem neceſſitas ſatis ſuperque demonſtrari poſſit, non eſt quod dubitem. Generalem ſane obſeruationem hic iniungit ICtus in *l. in totum 77. D. de R. J.* dum inquit: *In totum omnia, quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera et certa ſcientia perfici poſſunt.* Si ergo omnia, quæ animi deſtinatione h. e. *deliberato conſilio* per- *Idem ex iure Rom. probatur.*

 agen-

Digitized by Google

agenda ſunt, perfici debent ex certa et vera ſcientia, etiam contractus, et omnes ei adiectæ clauſulæ et renunciationes, quæ animi deſtinatione certa vtique peragi debent, prælectione legitima, quippe ex qua vera et certa ſcientia demum deducitur, conſtare debent. Et ſicuti nemo fraudare eos videtur, qui *ſciunt* et *conſentiunt*, *l. 145. D. de R. I.* ita fraudis ſuſpicio adeſt, quoties prælectio non adhibita eſt. Suppetias huic textui fert alius luculentiſſimus in *l. ſi falſum Inſtrumentum ſ. C. plus val. quod agitur*, vbi inſtrumentum quis fieri mandauerat, et ſubſcripſerat non relegens illud, nec curans, vt ſibi prælegeretur, ſed fidem habens Tabellioni, quod tamen inſtrumentum propterea non obligabat ſubſcribentem: tum quod ſubſcripſerat illud abſque notitia eorum, quæ ſcripta inibi erant, tum quod liquido falſum commiſſum probaretur. Eſt adhuc alia regula iuris, quod *ſignum* apponens inſtrumento, videatur et præſumatur illud approbaſſe *c. ſcripta. 2. X. de fid. inſtrum. l. ſi ita ſtipulatione 126. §. 2. de V. Obl.* BORNIT. *de Inſtrum. Lib. 1. t. 20.* MENOCH. *l. 2. præſ. 58.* ALEX. TRENTAC. *tit. de fid. Inſtrum. reſol. 7.* Immo qui perſcribit inſtrumentum, conſenſum ei obligationi dediſſe videtur, quod optime cognoſcat, quæ in illo inſtrumento contineantur, et illud conſcribat. *l. fideiuſſor impetrauit. 26. §. 2. D. de Pignor.* Omnino tamen effectus ille, ſeu præſumtio, quod conſenſiſſe videatur, non procedit, vbi prælectum non eſt ei, qui ſubſignauit, et ideo non cognitum habere poteſt, quid in illo ſcripto contineatur. Moderatur ſiquidem intentio quemlibet actum non aliter, quam frenum equos, et gubernaculum nauem, BESOLD. *Part. 4. Conſil. 171. num. 37.* Exemplum eſt, ſi quis ſuprema ſua ordinans teſtamento cauit, vt alter ex filiis haberet fundum, *quem de*

de Caio Seio (vti omnino in *l. citand.* legendum videtur cum GOTHOFREDO *in not. lit. b.*) *emerat.* Sed illum fundum, Caius a Seio non emerat, verum ei pignori ſaltim dederat, hoc pacto, vt creditor ſuum pignus in compenſationem pecuniæ ſuæ certo tempore poſſideret. Accidit, vt Caius Seius, qui fuit debitor, inter ceteros teſtamentum hoc ſignaret, quæſitum fuit, an ex hac ſubſignatione præiudicium ſibi attuliſſe videretur (quod recte MODESTINVS in *l. Caius Seius 39. D. de pignor. act.* negat). Rationem tamen non addit, quam ego quidem puto hoc caſu in primis inde deſumendam, quod vt teſtis tantum ſubſcripſerit Teſtamentum. Iam vero notum eſt, quod teſtamenta in ſcriptis ſint ſecreta, adeoque eius contenta teſtibus plane incognita, quippe iis non prælecta, et conſequenter nec dici poſſunt, in id conſenſiſſe, quod in eo ſcriptum eſt. Alias formant ex *h. l.* regulam: *Subſcribens, vt teſtis, non præſumitur conſenſiſſe in id, quod ſcriptum eſt.* Scilicet quatenus alias vel renunciaſſe iuri ſuo eo ipſo cenſeri deberet, quod in dubio non præſumitur *l. Titia. 34. §. 2. de Legat. 2.* vel contractum nouum iniiſſe *l. ſi pater. 6. C. de Fidei.* Nam ſubſcribens vt teſtis non voluit ſe obligare pro altero, et eius obligationem ſuſcipere. Idem vlterius euincitur ex *l. diſtrahente 2. C. de reb. alien. non alien.* Vbi ſubſignatio dicitur contractum non probare, ſi ſubſignans conſenſum ei non accommodauit. Conſenſum autem non accommodaſſe vel exinde conſtat, ſi fraudibus inductus ſubſcripſit et ſubſignauit, interim plane neſciuit, quid in inſtrumento contineretur. Vt ergo ſubſignatio et ſubſcriptio effectum obligationis inducat, merito præmittenda prælectio. Conformia huic tradit COLER. *de Proc. Exec. p. 3. c. 1. n. 121. et 122.* vbi aſſerit ita: *Requiritur omnino ad inducendam obligatio-*

nem,

Digitized by Google

nem, vt ſcribens vel ſigillans legerit contenta in ſcriptura, cui ipſe ſuum ſigillum vel chirographum apponit. Si enim non legerit contenta vel ſimpliciter ſubſignet aut ſubſcribat, ſchedulam non lectam, non intelligitur contenta confirmaſſe. conf. BERLICH. *p. I. Concl. 44. n. 11.* Non ergo quod ſcriptum, ſed quod geſtum eſt, inſpici debet *l. emtione 3. C. plus val. quod agit.* Immo in contractibus *veritas* potius quam ſcriptura perſpici debet; *L. 1. C. eod.* cum veritas rerum geſtarum erroribus non vitietur, *L. illicitas. 6. §. 1. D. de offic. Præſ.* ſed veritas rei maiores quam ſcripturæ vires obtinere debeat, *l. nec ignorans 10. C. de donat.* ex quo textu neceſſitas prælectionis commode colligi poſſe autumo. Nam in inſtrumento donationis erat ſcriptum, Hermoniam fundum Seianum donaſſe Caio: illa replicabat, ſe de hoc fundo non cogitaſſe. (Ergo prælectionem non interueniſſe dicendum eſt.) Et ſic Imperator reſcribebat, quod Hermonia per illam donationem nihil perdiderit, quod ignorans non donaret.

De prælectione Scripturæ, declarationis vim habentis.

§. XIV. Pergo ad aliam propoſitionem: *Per epiſtolam quoties contrahitur, quæ alterius manu ad iuſſum eius, qui contrahere vult, exarata eſt, toties obligatio indubia non inducitur, vbi ad alterum tranſmiſſa, abſque facta perlectione vel prælectione.* Neque vero exiſtimo, hic nouas conglomerandas eſſe rationes, cum iiſdem hæc aſſertio fulciatur fundamentis, quæ in antecedentibus adduximus. Vnde aſſertiones NICOLAI DE PASSERIB. *tr. de priuat. Script. lib. 3. qu. 1. n. 78. 79. et 80.* tanquam nimis generales ad ſuos reuocandæ ſunt limites. Putat enim nihil referre, vtrum ipſa epiſtola fuerit exarata manu debitoris, an vero manu tertii ex ipſius tamen mandato. Quanquam enim vbi ſubſcriptione debitoris munita eſt, maiorem pro ſe habeat veritatis præſumtionem,

nem, quod nemo præſumatur litteras priuatas alterius manu exaratas abſque præuia prælectione vel perlectione ſubſcripſiſſe, non deſunt tamen rationes, quæ et hanc præſumtionem tollere poſſunt. Quid enim ſi negotiis impeditus, perlegere non potuerit fidemque ſcribenti habuerit? Quid ſi blancam chartam ad litteras exarandas alteri dederit? Ego ſane exiſtimo, alterum audiendum eſſe, ſi docere poſſit hæc ſecundum voluntatem eius non eſſe ſcripta. Et quanquam culpa quædam hoc caſu imputari poſſit debitori, hæc tamen ad hoc ei imputari nequit, vt obligari ex illis litteris debeat, cum ſubſtantiale requiſitum *conſenſus* ſcilicet deficiat. Optime iudicat hac de re IOH. SICHARD. *ad l. f. C. plus val. quod agit.* inquiens: *Hodie fere omnes Principes ſubſcribunt litteris non lectis, nec deſunt Dd. qui conſiliis aliorum non lectis ſubſcribunt. Hodie multi ſolent vacuis chartis ſubſcribere, vel eaſdem etiam ſigillare, vt ſi forte ſit magna diſtantia loci, vel non poſſit aliquis coram eſſe; tamen eo abſente conficiatur res. Illæ ſubſcriptiones erroneæ, factæ non viſis vel non inſpectis ſcripturis, non nocent ſubſcribentibus, ſi aliud actum fuerit, quam ipſi cogitarunt.* In Reſcriptis Principum ex hoc vitio oritur ſub- et obreptio, cuius executio vim eius plane eneruat, quando ſubſcriptio facta eſt a Principe, Reſcriptum non legente, ceu fuſius expoſitum in diſput. STRYKII *de Falſitate precum Principi oblatar.* Quodſi litteræ, ad tertium miſſæ, ne quidem ſubſcriptæ, ſed ad iuſſum debitoris ab altero ſimpliciter exaratæ, infirmior obligatio inde erit. Nam ne tunc quidem ſupra allata præſumtio locum habere poteſt, ſed *exceptione non factæ perlectionis et prælectionis* obligandi et probandi vis, quam ex litteris eiuſmodi alter intendit deducere, eneruari poteſt.

De prælectione ſcripturæ ad eſſentiam contractus neceſſaria.

§. XV. Denique propoſitio vltima hæc eſto: *Scriptura, vbi ſubſtantiale requiſitum contractus alicuius eſt, prælectionem eo magis exigit.* Neque hic aliquod amplius ſupereſſe poteſt dubium, poſtquam clara deciſio hac de re occurrit in *ſupra cit. ord. Notar.* §. 16. Und am meiſten und inſonderheit iſt ſolches zu halten, in denen Contracten und Händeln, darinnen zu ihrer Subſtantz die Schrifft gehörig. **Alsdenn erfodert die Nothdurfft, daß alle und jede Puncten den Partheyen und Zeugen von Wort zu Wort vorgeleſen werden.** Reſpicit hic textus ſine dubio 1) emtionem venditionem in ſcriptis, ſi ita inter partes conſenerit, vt non aliter valeret contractus, quam ſi ſcriptura abſoluta fuerit: STRYK. *in Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 8. n. 2. et* 3. Hic ergo in primis prælectionem requiri euidens eſt, tum ex *verbis cit.* tum ex *l. contractus 17. C. de fid. Inſtrum.* Quanquam enim in *l. cit.* Κατὰ τὸ ῥητὸν non fiat prælectionis mentio, totus tamen contextus eam euincit. Diſponitur ibi, emtionem talem non aliter vires habere, niſi inſtrumenta, in mundum recepta, ſubſcriptionibus partium confirmata et ſi per Tabellionem conſcribantur, etiam ab ipſo completa (quod complementum accipit, tum per prælectionem partibus præſentibus factam, tum per ſubſcriptionem) et poſtremo à partibus abſoluta ſint. Conf. STRYK. *in Notis ad Lauterbach. cit. de Cont. Emt. Vend. in pr. verb. ſcriptura.* Antequam ergo ita totum accedat complementum, h. e. antequam 1) in mundum redigatur, 2) partibus prælegatur, 3) ab iiſdem approbetur, 4) a Notario et 5) a contrahentibus ſubſignetur et ſubſcribatur, nulla obligatio exinde oritur, ſed pœnitentiæ locus eſt. Quo tendunt verba *d. ord. Notar.* §. 17. Denn ehe die Schrifft vollkommentlich verfertiget und von den Partheyen für vollkommen

men und erfüllet geachtet, ſo wird der Contract nicht für vollkommen und kräfftig geachtet.

§. XVI. Ceterum 2) de *litterarum obligatione*, de qua in §. *un. Inſt. de lit. oblig.* vbi itidem litteræ ad ſubſtantiam contractus faciunt, idem aſſerendum autumo, quatenus a tertio illa ſcriptura confecta, ex generalibus hactenus in medium prolatis fundamentis. Huc ſine dubio reſpiciunt Dd. quando aſſerunt, in ſcriptura tali requiri, vt non ſit ſuſpecta de falſo, ſed ſine omni vituperatione. PET. MÜLLER. *in Iuriſpr. Element. diſp. 30. §. 5. lit. d.* Fit autem vtique ſuſpecta de falſo, quando prælectionem non anteceſſiſſe probare poteſt. Vnde vulgatæ illæ Dd. aſſertiones, quod in hoc contractu litteræ ſimpliciter ſubſtantiam conſtituant obligationis, et quod ſimpliciter obligetur, qui ſe accepiſſe tantam pecuniæ ſummam faſſus eſt, merito ſecundum §. *cit. 16.* reſtringendæ et intelligendæ ſunt, ita vt illa obligatio ex litteris oriri non poſſit, vbi prælectio non acceſſerit. Et ita puto prætenſam illam obligationem poſt biennium facillime hoc ipſo enarrari poſſe, præſertim moribus Germaniæ, qui Regulas Iuris Romani hac in re non admiſerunt, ſed etiam *poſt biennium* non numeratæ pecuniæ exceptionem indulgent. SCHILTER. *Pr. Iur. Rom. Ex. 22. th. 31.* Atque his generalibus includitur fundamentis neceſſitas prælectionis in contractibus obſeruandæ; quæ eo fuſius deducere oportuit, poſtquam deprehendi, hoc ab iis, qui ex profeſſo de inſtrumentis commentaria edidere, plerumque vel negligi, vel obiter ſaltem tangi, cum tamen plures inde decidendæ ſint controuerſiæ, ceu Cap. ſeq. indicabo.

De prælectione in litterarum obligatione.

CAPVT II.

DE

VITIO ET EFFECTV OMISSAE PRAELECTIONIS IN CONTRACTIBVS.

ARGVMENTVM.

§. I. Scripturæ, quæ conſtant artis terminis obſtruſis, præuia explicatione contrahentibus prælegendæ. II. Hoc applicatur ad formam mandati hodiernam, et abuſus hinc oſtenditur. III. Quatenus talis formula mandati obligationem inducat? IV. Remouentur obiectiones. V. An certioratio in omnibus contractibus deſideretur? VI. Communis ſententia de certioratione. VII. Deciſio quæſtionis ſubiicitur. VIII. Remouetur obiectio ex l. 9. §. 3. D. d. I. et F. ignor. IX. Notatur imprudentia Notariorum hac in materia. X. In ſpecie ad renunciationem SCti Velleiani fit progreſſus. XI. An iuramentum habeat vim certiorationis. XII. Reſpondetur diſtincte ad quæſtionem, et quidem 1) illum ponendo caſum, quando quis iurauit, ſe nolle recedere a contractu. XIII. An iure Can. hic diuerſum obtineat? XIV. Excutitur 2) alter caſus, quo quis iurauit, ſe nolle uti ulla exceptione aut beneficio, ſibi de iure competente. XV. Quid de I. Can. hoc in caſu obtineat? XVI. Digreſſio quædam fit ad iuramentum religionis, quatenus hoc obliget non inſpectis libris ſymbolicis. XVII. Formatur ſtatus controuerſiæ et reſponſio additur. XVIII. Obiectionibus reſpondetur. XIX. Progreſſus fit ad clauſulas inſtrumentorum. XX. Quid de chartis blancis ſentiendum? XXI. Dubiis reſpondetur. XXII. An Scriptura ob omiſſam prælectionem poſſit eſſe liquida et paratam executionem præbere? XXIII. Recognitio manus non ſufficit, ſi non contenta ſimul recognoſcantur. XXIV. In imperito litterarum recognitio difficulter procedit. XXV. Contradictioni emergenti reſpondetur. XXVI. Deciditur quæſtio §. XXII. mota. XXVII. Quid obſeruandum, vt vitium omiſſæ prælectionis imputari nequeat?

§. I. Ex-

§. I.

Ex hactenus iactis fundamentis non difficile adeo erit, conclusiones ſpecialiores nectere, et controuerſias, hinc inde moueri ſolitas, diiudicare. Reuocabo illas ad certas quaſdam poſitiones et inde vitia omiſſæ prælectionis examinabo, 1) *Scriptura ergo, quæ ſpecialia et extraordinaria* (qualia ſunt, quæ non ex natura contractus profluunt, ſed ſpeciali conuentione partium contractui adiiciuntur) *complectitur, ob quæ tamen alter contrahentium facile ignorantiam prætendere poteſt, effectum ſortiri nequit, ſi deſtituatur legitima prælectione*, h. e. tali, per quam intelligere poteſt, quæ in chirographo ſunt expreſſa. Applico ſtatim ipſam aſſertionem, ex fundamentis, *cap. 1.* poſitis, ſatis, vt puto, firmatam, ad illas ſcripturas, quæ infinitis conſtant *artis terminis*, quos tamen non intelligit is, cuius nomine ſcriptura a Notario eſt concepta, qui tamen exinde obligari debet. Neſcio tamen, qui fiat, quod hoc in foro parum attendatur, ſufficiatque ſæpius, adeſſe ſcripturam in ſolemni forma, non attendendo, an poſſit dici illam quoad omnes ſuas partes ex alterius voluntate et intellectu promanaſſe. Sane Brocardicorum ſeries nunquam in theoria deficit: Sed in applicatione horum ſæpe hæret aqua, quo caſu non raro tales ſubiiciuntur limitationes, quæ totam vim regulæ eneruant.

Explicanda ſcriptura, quæ contrahentibus incognita continet.

§. II. Si conſideramus hodiernam *mandati procuratorii* formam, illa tot terminis artis eſt inuoluta, vt ſæpius vel his aqua hæreat, qui iuri per plures annos operam dedere. Et tamen mandata talia **die gerichtliche Vollmachten** in eadem ſemper recipiuntur et producuntur forma, intermixtis clauſulis infinitis, obſtruſis terminis iuris v. c. **Und zwar dieſes alles mit**

Notatur huius requiſiti defectus in mandatis procuratoriis.

bet clauſula cum libera. (At quinam ſcrupuli hic latent. vid. GEORG. BARSCHAMP. *Radix Clauſul. c. 6.* §. *3.* et Dd. *ad tit. ff. de Procurat.*) Ac ita plerumque mandat quis, neſciens, quid mandet. Et tamen mandatum *conſenſu contrahentium* conſiſtere dicitur in *l. 1. pr. D. mandat.* qui conſenſus duobus, vt notum eſt, conſtat principiis: *Intellectu* et *voluntate.* Intellectum autem excludit ignorantia, nec domini ignorantis conditio per procuratorem deterior fieri debet *l. 49. D. de Procur.* Quid ergo dicemus? An ſcire, et ſcire debere, hic pro paribus reputantur? An hoc Brocardicum in conuentionibus, vbi conſenſus ſubſtantiam negotii conficit, male applicatur, et rectius forſan ad ignorantiam iuris non excuſabilem reſtringitur, vti mox apparebit. An vero lex videtur hic ſupplere conſenſum? Sed vbi expreſſus conſenſus contrahentium ſupponitur, figmentum et ſupplementum legis ceſſat. An forſan conſenſus generalis poteſt operari, vt videatur mandans in ea omnia conſenſiſſe, quæ *ſpecialiter* in mandato ſunt expreſſa? vid. BARSCHAMP. *c. tr. cap. 5.* §. *2. n. 25.* Ita dicendum videretur, niſi obſtaret, quod conſenſus generalis ad *incognita et non cogitata* non poſſit trahi, conf. *Stryk. tr. de Iure Senſuum Diſſert. 10. c. 7. n. 30.* Quis enim dici poteſt cogitaſſe de caſibus *ſpecialibus*, quos plane ſcire vel intelligere non potuit? Num vero ſufficit contuliſſe conditionem contrahendi *in mandatarii arbitrium?* An vero et hic iura refragantur. *l. quod ſæpe 35.* §. *1. D. de contrah. E. V. l. in vendentis. 13. C. eod.* Quacunque ergo ratione rem mecum animo voluto, concludere neceſſum habeo ſecundum principia hactenus tradita, vel terminos iuris in ipſa forma procuratoria eſſe explicandos *terminis germanicis*, vel mediante *legitima explicatione* ei, qui mandauit, mandatum prælegendum. Quod vero

Digitized by Google

vero ad hoc ipſum praxis non ſoleat attendere, hoc ipſum, ſi veritatem diſſimulare nolo, excuſare nullatenus poſſum, animaduertens, illam eatenus non cohærere cum principiis iuris. Multo maior adhuc ſuggeritur dubitatio 1) vbi formulæ illæ, vti plurimis in locis factum eſſe conſtat, *publicis* exſcriptæ ſunt typis, et aduocatis et procuratoribus præſcriptum, vt ſecundum eas mandata iudicialia dirigantur. Vbi ſufficit, mandatis nomen inſertum et ſubſcriptum eſſe, de cetero parum ſolent eſſe ſolliciti, an mandans ſciat et intelligat, quæ mandauit, nec ne? 2) vbi in *charta blanca* mandatum conceptum, quæ ſæpius procuratoribus dari ſolet **zur Vollmacht**: ibi enim ei, cui procuratela defertur, poteſtas fit, eam pro lubitu ad omnes extendendi actus, et talibus clauſulis eam firmandi, quæ mandatario notorie ſunt incognitæ. Et ſic charta blanca abſque extenſione ſufficit ad contractus mandati ſubſiſtentiam et perfectionem; non ſufficit, quatenus mandatum exhibendum in iudicio, ſed ibi extenſio neceſſaria. Et tamen talis extenſio fit pro lubitu mandatarii et ſic re vera conditio contrahendi in eius voluntatem confertur. Ergo iudicia ſola contenta eſſe videntur ſcriptura et figura litterarum, cum tamen non figura litterarum, ſed oratione, quam exprimunt litteræ, obligemur *l. 38. ff. de Obl. et Act.* Sed de Blanqueto in ſpecie infra §. *20. ſeqq.*

Quatenus ex mandato non explicato obligatio oriatur.

§. III. An ergo mandatum hac ratione tanquam *vitioſum* poteſt reiici? vel vt dicam quod ſentiam, an quis illo mandato exhibito ad omnia eius capita in ſpecie ibi expreſſa, *non intellecta* tamen, obligatur? Quidni obligetur, ais, cum praxis id ne quidem in dubium vocet? An, pace tua, ego in dubium hanc quæſtionem vocabo et fundamentis cap. 1. iactis nixus, reſpon-

reſpondebo. Sane non negabis mandatum eſſe contractum et plerumque in ſcripturam redigi. Ergo ei quoque neceſſario iura applicanda ſunt, quæ in genere de contractibus, in *ſcripturam* redactis, *c. 1.* aſſerui. Deinde et hic verum eſſe autumo aſſertum vulgatum Dd. conſenſum non poſſe trahi ad *incognita*: vid. *cit. Ord. Maximil.* §. 14. incognita autem ſunt plerumque potiora capita, quæ in mandati formula exprimuntur. Vnde non ſine ratione in *cit.* §. 14. additum: Und leſe die Pacte, Verzichte und Clauſuln etc. hisque verbis præmiſſum: Daß der Notarius denen Partheyen ſummarie etzehle, quæ verba non inuoluunt narrationem *ſimplicem*, ſed *qualificatam*, quæ ad finem in *cap. 1.* indigitatum tendit.

Obiectiones remouentur.

§. IV. Sed forſan illud adhuc te torquet, quod ſibi *imputare* debeat mandans, quod huiuſmodi mandatum dederit, nec curauerit, vt ſibi legitime prælegeretur et explicaretur. Siquidem ei in iure regulariter culpa imputatur, qui potuit loqui apertius *l. veteribus 39. D. de pact.* Immo, inſtas, *iuris ignorantia* culpoſa eſt, nec excuſat, nec quiſquam de ſuis iuribus eſt certiorandus, qui iura ſcire debet, quod regulariter ab omnibus requiritur ſecundum *l. 9. C. de LL.* Alia forſan eſt ratio in feminis, minoribus, militibus et ruſticis, quippe quibus ignorantia iuris non nocet, et denique ſufficere poſſe, concludis, praxin ita eſſe adornatam, vt talia non requirantur, hanc vero omnino ſequi neceſſum eſſe *l. 35. et 37. D. de LL.* Facile talia præuidere poteram tela, quæ tamen talia ſunt, vt ſcopum ſuum, meo quidem iudicio, ferire nequeant. Quod de praxi monitum, adhuc demonſtrandum, errores pragmaticorum ius facere. Ego quidem hactenus a me impetrare non potui, vt id ſimpliciter affirmarem, fultus in primis lege 39. *D. de*

de LL. Sequamur praxin, ſed non cœca obedientia, verum tali, quæ menti Legum conformis eſt. Negligentiæ aduocatorum puto adſcribendum eſſe, quod exceptionem non factæ prælectionis vt plurimum non attenderint, et ita mandatum vt inſufficiens reiecerint. Alterum dubium quod de ignorantia iuris et culpa mouetur, pluribus videtur inuolutum eſſe dubiis. Culpa quidem ei imputatur, qui potuit clarius loqui et ſic contra eum ſit interpretatio: Sed illud huc non pertinet, ſed ad materiam de *Scriptura dubia et non intelligibili*, quæ curatiorem meretur excuſſionem, quam ſpeciali exercitatione ſuſcepi. Quod vero attinet regulam, quæ de ignorantia iuris proponitur, parum præſidii pro diſſentientibus habet. Concedam adeſſe culpam, an propterea obligari quis poteſt ex iis, quorum *intellectum* et *notitiam* non habet? In ebrietate conſtitutus omnium fere confeſſione non obligatur ex conuentionibus, conſtante ebrietate initis, quod non intellexerit, quæ geſta ſunt vid. BODINI diſſ. *de eo quod iuſtum eſt circa Ebrietatem.* Maior ergo propoſitio eſt de nihilo, præprimis cum verſemur in tali materia, quæ conſenſum omnino ſupponit. Nec muto, ſi mihi obiicias, ſermonem hic eſſe de caſu, quo quis per culpam ſuam non intelligit ius, quod ſcire debebat, ſaltim per alios, h. e. per conſultos peritiores ſecundum *l. Regula eſt 9. §. 3. D. de iur. et fact. ignor.* Quo ipſe deducor in nouam concluſionem, ſcilicet quatenus *certioratio* in contractibus ſit adhibenda, quam, ſi ex hactenus iactis fundamentis expoſuero, facilior ratio erit, reſpondendi ad illud dubium.

§. V. Status controuerſiæ huc redit: An certioratio iurium et beneficiorum, quorum mentio in inſtrumento facta, debeat fieri illis omnibus, qui probabiliter non intelligunt, quæ ibi *An certioratio in omnibus contractibus deſideretur?*

ibi ſunt expreſſa, an vero dumtaxat inſtar *ſingularis beneficii* certioratio pertineat ad perſonas, quibus ignorantia iuris non nocet? Eſt videlicet *certioratio iurium et beneficiorum* actus, vi cuius eis, qui iura et beneficia in inſtrumento expreſſa ignorant, explicantur et enarrantur ad effectum, vt ſciant et intelligant, quibus renunciare voluerunt. Ergo certioratio et prælectio legitima (ſeu talis, qualem *ſupr. c. l.* exhibuimus) fere coincidunt, cum vtraque ad eundem tendat finem, niſi forſan dicere velis, certiorationem ceu remedio quodam vti prælectione, hanc vero eſſe eius finem. Facilis ero hac in re, cum id quaſi maxime meo inſeruiat ſcopo.

Doctorum de ea re ſententia.

§. VI. Equidem quod in ſpecie *renunciationem iurium* concernit, animaduerto, vulgatum et tralatitium eſſe, *renunciantem* regulariter non eſſe certiorandum, quod quilibet iura ſcire debeat. *L. 9. C. de LL.* GALERAT. *tr. de Renunc. lib. 3. c. 10. n. 3.* ANDR. DALNER. *tract. de var. iur. Renunc. c. 17. n. 18.* niſi forſan ſit talis perſona, cui ius ignorare permiſſum. GALERAT. *c. l. n. 4. ſeqq.* Vnde et plerumque in materia SCti Velleiani hoc tanquam ſpeciale adducitur, quod mulieris renunciatio abſque præuia certioratione non valeat vid. Dd. *ad t. t. ff. ad SCt. Vellei.* in primis HAHN. *ad W. cit. t. n. 9.* FRANZK. *eod. tit. n. 29.* STRVV. *Ex. 12. th. 10.* SCHILTER. *Pr. iur. Rom. Ex. 28. §. 9.*

Verior ſententia.

§. VII. Veſum, ſepoſita omni auctoritate et opinione communi, veſtigiis iuris et rationibus ex ipſa natura rei deſumtis inſiſto, et ſimpliciter in omnibus contractibus certiorationem requiri autumo. Equidem id non diffiteor, eo magis illam requiri, quo maior occaſio decipiendi ſeſe offert, vt in feminis; at inde non ſequitur, renunciationem in aliis contractibus vale-

valère abſque certioratione. Miror ſane GALERATVM et alios cum eo incidiſſe in illam ſententiam, cum tamen eo ipſo ſibi euidenter contradicant, quando aſſerunt, in vniuerſum illa, quæ certa animi deſtinatione fieri debent, non niſi *vera et certa ſcientia* perfici poſſe, vt iure ſubſiſtant. *l. 76. D. de R. I.* GALERAT. *cit. tr. lib. 3. c. 9. n. 2.* et inde eſſe quod ad incognita non trahatur renunciatio *l. mater decedens 19. verſ. ceterum. de inoff. teſtam. l. Stichus. 67. §. 3. ibique* GODOFRED. *in not. D. de cond. indeb. l. cum teſtam. 8. C. de. I. et F. ignor. l. emtor. 47. §. 1. D. de pact.* quia actus agentium non debent operari vltra eorum voluntatem *L. non omnis 13. D. de reb. cred.* GALER. *c. l. num. 4.* vbi etiam aſſerit, in vniuerſum ei, qui renunciauit omnibus exceptionibus, ſi fuerit ignorans, non nocere renunciationem. Sunt ſcilicet renunciationes ſtricti iuris, nec in eis veniunt, niſi quæ expreſſa ſunt. ENENKEL. *de Priuil. par. et liber. p. 1. priuil. 14. n. 14.* Ex his enim et ſimilibus Brocardicis infertur neceſſitas certiorationis et prælectionis, ceu erudite oſtendit STRYK. *de Caut. contr. S. 1. c. 5. §. 6.* vbi notitiam iſtius iuris et beneficii, cui renunciare voluit, requirit in renunciante, quæ abſque certioratione in eo, qui iuris peritia deſtruitur, conciliari nequit. Quo etiam tendit VLRIC. HVBER. *in Præl. ad D. tit. ad SCt. Vellei. §. 14.* et GAIL. *2. obſ. 77.* vbi quamuis in ſpecie de certioratione SCti Vellei. tractet, tamen *n. 3.* hoc deducit ex generali fundamento, quod in quolibet renunciante illa requiratur. Et hoc eo magis admittendum, cum conſtet, renunciationes plerumque leuiter et cum parua cauſſæ cognitione immo magis *ex conſuetudine Notariorum*, quam partium conſenſu, aut peritia, et ſpeciali certioratione de beneficiis, ipſis renunciantibus competentibus, fieri, de quo conqueritur GAIL. *c. l. n. 6.* Et

quid multa? Fundamentalis textus ex *Ordin. Notar.* §. 14. *ſupr. c. 1. cit.* expreſſe mentionem facit renunciationum, und leſe die Pacte, Verzichte, et poſtea vt addatur approbatio a contrahentibus ſeu renunciantibus ſubiungitur und den Conſens und Verwilligung darauf ausſprechen laſſe. Iam approbare nemo illud poteſt, quod non intelligit.

Obiectio ex L. 9. §. 3. de I. et F. I.

§. VIII. Male proinde hic applicatur *l. regula eſt. 9. §. 3. D. de I. et F. ignor.* quod ſcilicet iuris ignorantia non proſit, ſi *ICtorum copia* haberi poſſit, vt ita latinas clauſulas, in inſtrumento adiectas, per eos intelligere potuiſſet. In damno enim, quamuis ICti copiam habere potuit, tamen ignoranti ſubuenitur. SCHILTER. *Prax. Iur. Rom. Ex. 35. §. 39.* At vero renuncians ſuis iuribus vtique deteriorem facit ſuam conditionem, et in damno plerumque verſatur. Immo magis hæc regula applicatur ad tales actus, vbi certæ ſolemnitates ad eorum ſubſiſtentiam requiruntur, veluti ad teſtamentum condendum, et tunc, qui ICtorum opera non vtitur, ſe excuſare nequit, quod non intellexerit formam teſtandi. Aſt hic diuerſa facies rerum. Hic enim ne quidem ſimplex ignorantia iuris adeſt, cum habeat ignorantiam facti intermixtam, ignorans quippe, quid in tali chirographo alter ſcripſerit. vid. BARBOS. *axiom. voc. ignorantia n. 11.*

Notatur notariorum imprudentia.

§. IX. Minus prudenter ergo agunt Notarii inſtrumenta eiuſmodi concipientes, ſi adhibeant terminos iuris, nec eos, inter quos res agitur, de illis certiores reddant, veluti Er begebe ſich aller Einrede, inſonderheit der exception *l. 2. C. de reſcind. vendit. exceptioni Diuiſionis Excuſſionis etc.* Pleniorem formulam renunciationis exhibet STRYK. *cit. tr. S. 1. c. 5. §. 6.* qui §. 7. notanter monet, vt ſi cum perſonis iurium vel latinæ lin-

Digitized by Google

linguæ ignaris negotium ſit, omittantur latinæ exceptionum renunciationes et germanicæ ſubſtituantur; id quod ſi factum non fuerit, nec doceri poſſit, certiorationem aut prælectionem legitimam factam fuiſſe, parata alteri erit exceptio non factæ prælectionis, vel certiorationis, quæ ſane illud operabitur, vt renunciationes inibi expreſſæ effectu deſtituantur, et qui ita non certioratus renunciauit, poſſit adhuc vti remedio *l. 2. C. de reſcind. vendit. except. etc.* Quid vero dicemus de cautela, quam ſuppeditare ſolent, dum ſuadent, vt ſimul renuncietur *allegationi ignorantiæ* vid. GALERAT. *de renunciat. lib. 3. c. 9. n. 15.* Infrunitam eam eſſe et otioſam puto. Pugnat enim 1) cum ſubſtantialibus ipſius contractus: 2) inſolita eſt, vnde non poteſt non ſuſpicione fraudis laborare. STRYK. *de Caut contr. S. 1. c. 1. §. 15.* Denique 3) ſicuti reliquæ renunciationes ipſo inſcio interiectæ ſunt, ita etiam hæc ipſo ignorante adiici potuit, vbi de prælectione aut certioratione non conſtat.

Renunciatio SCti Velleiani deſiderat certiorationem.

§. X. Cum vero in primis circa certiorationes, a mulieribus, SCto Velleiano renunciantibus, faciendas hic ſoleant controuerſiæ oriri, de illis quædam adhuc addamus. Equidem BACHOV. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 25. th. 4. lit. E. F.* renunciationem SCti, etiamſi a ſciente et certiorata fiat muliere, non obſtare, quo minus adhuc fruatur *ſuo beneficio*, putat, quod certioratio non ſit ſufficiens ad cohibendam *leuitatem* et excludendam *infirmitatem mulierum*, et quod certiorationis finis ſit ſcientia, mulieres tamen, vtut maxime iuris ſui conſciæ ſint, hoc SCto iuuari debeant etc. Verum non eadem apparet facilitas in renunciando, quæ in fideiubendo, præſertim cum certioratio accedat, atque adeo certa animi deliberatio adſit SCHILTER. *Pr. Iur. Rom. Ex. 28. th. 9.* et cum ita præcipitantiæ muli-

erum ſuccurrere voluerunt leges, hæc vtique ceſſat, vbi ſatis de ſuo ſunt certioratæ beneficio. Solent autem monere hic Dd. eam fieri debere coram *Notario et teſtibus*, vt rectius de ea conſtare poſſit, et ita probatio factæ prælectionis et certiorationis in promtu ſit. In dubio enim non præſumitur. BERLICH. *2. concl. 10. n. 40.* SCHILTER. *l. cit.* §. *10.* Deinde omnino quoque non negligendum, quod fieri debeat a Notario, qui ipſe non ignoret huius beneficii vim et naturam. Si enim facta fuerit ab *imperito*, certioratio nulla eſt. HAHN. *ad Weſ. cit. ad SCt. Vellei. n. 9.* Vnde cautelam ſuppeditat GAIL. *2. obſ. 77. n. 7.* vt Notarius, qui in inſtrumento conteſtatus eſt, quod contrahentes de beneficio renunciato certiorauerit, *interrogetur* ad inſtantiam partis a iudice, quale illud ſit beneficium, de quo partes certiorauerit; et caſu, quo hoc ignorat Notarius, inſtrumentum nullius erit momenti, quia non potuit explicare partibus eius vim, quam ipſe ignorauit, qua de re pluribus infra *Cap. 3.* Concedunt vero hoc caſu contra Notarium actionem ad intereſſe, quod is ſuo officio non fuerit fideliter functus. BERLICH. *cit. l. n. 84.* GAIL. *c. l.* STRYK. *cit. tr. S. 2. c. 6. n. 3.* Non obſeruauit enim, quæ ipſi a *Maximil. I. in ordin. Notar. de An. 1512.* §. *14. et 16.* fuerunt præſcripta.

An iuramentum habeat vim certiorationis?

§. XI. Nihil frequentius eſt, quam vt in doctrina de SCt. Vellei. Dd. moneant, *iuramentum*, vbi præſtitum ab vxore renunciante, certiorationem non requiri, SCHILTER. *Ex. 28. th. 9.* quod vim *certiorationis* habeat, FRANZK. *lib. 2. Reſol. 4. n. 36.* cum mulier licet non in ſpecie ſciat, quæ habeat priuilegia, ex ipſo tamen poſtulato iuramento facile coniicere potuerit, ſibi beneficia certa competere, vt ita iuramentum ſuppleat vim certiorationis. BRVNNEM. *ad l. ſ. ff. ad SCt. Vellei. n. 17.* HAHN. *ad*

ad Weſ. cit. 1. num. 9. vbi pro fundamento ponit, quod iuramentum habeat vim *ſpecifici conſenſus* ZANGER. *de Exception. p. 3. c. 11. num. 163.* GAIL. *2. obſ. 77. num. 10.* vbi ſe communem ſequi Dd. opinionem gloriatur. Inde cum generaliter certiorationem requiſiuimus, quæſtio reſultat, an in his omnibus contractibus iuramentum habeat vim certiorationis, ita vt *ſpeciali explicatione* non ſit opus? Id quidem parum dubii habebit, ſi illa, quæ de SCto Velleiano hactenus expoſita ſunt, certo nituntur fundamento; tunc enim ſine dubio idem quoque iuris eſſe debet in omnibus aliis materiis, præſertim cum maior adhuc ratio militet in mulierum renunciationibus, quam in aliorum. Tota res eo redibit, vt inquiramus, *an iuramentum habeat vim certiorandi?* A qua ſententia quidem vix tuto abire licebit, tantis auctoritatibus nixa. Sed tantum rem ex ſuis principiis enucleare et abſtrahendo ab omni auctoritate potius *rationes iuris* ſequi, operæ pretium eſſe duco, deducturus cauſſam ex natura tum *iuramenti*, tum *certiorationis*.

§. XII. Duas quæſtiones hic conſiderandas eſſe arbitror, 1) *an quis iurauerit, ſe nolle recedere a Contractu*, 2) *an renunciationi generali Contractui adiectæ ſolummodo iuramentum ſubiecerit.* v. c. Er ſchwere zu GOtt einen Ayd, daß er keiner Rechts-Wohlthat wieder dieſen Contract ſich bedienen wolle rc. Priorem quod attinet caſum, euidens eſt, iuramentum huic contractui ſolummodo adiici, vt eo maiori religione ſeruetur, et eo modo nihil aliud eſt, quam oratio quædam acceſſoria, prout definit Celeberr. Iuris diuini Doctor THOMASIVS *Iuriſpr. diu. lib. 2. c. 9. §. 14.* maiorem tamen quandam præ ſe ferens animi deliberationem. Cum igitur promiſſionem, quam firmet, præſup-

Quid præſtet iuramenta de contractu ſeruando.

erum ſuccurrere voluerunt leges, hæc vtique ceſſat, vbi ſatis de ſuo ſunt certioratæ beneficio. Solent autem monere hic Dd. eam fieri debere coram *Notario et teſtibus*, vt rectius de ea conſtare poſſit, et ita probatio factæ prælectionis et certiorationis in promtu ſit. In dubio enim non præſumitur. BERLICH. *2. concl. 10. n. 40.* SCHILTER. *l. cit.* §. *10.* Deinde omnino quoque non negligendum, quod fieri debeat a Notario, qui ipſe non ignoret huius beneficii vim et naturam. Si enim facta fuerit ab *imperito*, certioratio nulla eſt. HAHN. *ad Weſ. cit. ad SCt. Vellei. n. 9.* Vnde cautelam ſuppeditat GAIL. *2. obſ. 77. n. 7.* vt Notarius, qui in inſtrumento conteſtatus eſt, quod contrahentes de beneficio renunciato certiorauerit, *interrogetur* ad inſtantiam partis a iudice, quale illud ſit beneficium, de quo partes certiorauerit; et caſu, quo hoc ignorat Notarius, inſtrumentum nullius erit momenti, quia non potuit explicare partibus eius vim, quam ipſe ignorauit, qua de re pluribus infra *Cap. 3.* Concedunt vero hoc caſu contra Notarium actionem ad intereſſe, quod is ſuo officio non fuerit fideliter functus. BERLICH. *cit. l. n. 84.* GAIL. *c. l.* STRYK. *cit. tr. S. 2. c. 6. n. 3.* Non obſeruauit enim, quæ ipſi a *Maximil. I. in ordin. Notar. de An. 1512.* §. *14. et 16.* fuerunt præſcripta.

An iuramentum habeat vim certiorationis?

§. XI. Nihil frequentius eſt, quam vt in doctrina de SCt. Vellei. Dd. moneant, *iuramentum*, vbi præſtitum ab vxore renunciante, certiorationem non requiri, SCHILTER, *Ex. 28. th. 9.* quod vim *certiorationis* habeat, FRANZK. *lib. 2. Reſol. 4. n. 36.* cum mulier licet non in ſpecie ſciat, quæ habeat priuilegia, ex ipſo tamen poſtulato iuramento facile coniicere potuerit, ſibi beneficia certa competere, vt ita iuramentum ſuppleat vim certiorationis. BRVNNEM. *ad l. f. ff. ad SCt. Vellei. n. 17.* HAHN. *ad*

ad Weſ. cit. 1. num. 9. vbi pro fundamento ponit, quod iuramentum habeat vim *ſpecifici conſenſus* ZANGER. *de Exception. p. 3. c. 11. num. 163.* GAIL. *2. obſ. 77. num. 10.* vbi ſe communem ſequi Dd. opinionem gloriatur. Inde cum generaliter certiorationem requiſiuimus, quæſtio reſultat, an in his omnibus contractibus iuramentum habeat vim certiorationis, ita vt *ſpeciali explicatione* non ſit opus? Id quidem parum dubii habebit, ſi illa, quæ de SCto Velleiano hactenus expoſita ſunt, certo nituntur fundamento; tunc enim ſine dubio idem quoque iuris eſſe debet in omnibus aliis materiis, præſertim cum maior adhuc ratio militet in mulierum renunciationibus, quam in aliorum. Tota res eo redibit, vt inquiramus, *an iuramentum habeat vim certiorandi?* A qua ſententia quidem vix tuto abire licebit, tantis auctoritatibus nixa. Sed tantum rem ex ſuis principiis enucleare et abſtrahendo ab omni auctoritate potius *rationes iuris* ſequi, operæ pretium eſſe duco, deducturus cauſſam ex natura tum *iuramenti*, tum *certiorationis.*

§. XII. Duas quæſtiones hic conſiderandas eſſe arbitror, 1) *an quis iurauerit, ſe nolle recedere a Contractu,* 2) *an renunciationi generali Contractui adiectæ ſolummodo iuramentum ſubiecerit.* v. c. Er ſchwere zu GOtt einen Ayd, daß er keiner Rechts-Wohlthat wieder dieſen Contract ſich bedienen wolle ꝛc. Priorem quod attinet caſum, euidens eſt, iuramentum huic contractui ſolummodo adiici, vt eo maiori religione ſeruetur, et eo modo nihil aliud eſt, quam oratio quædam acceſſoria, prout definit Celeberr. Iuris diuini Doctor THOMASIVS *Iuriſpr. diu. lib. 2. c. 9. §. 14.* maiorem tamen quandam præ ſe ferens animi deliberationem. Cum igitur promiſſionem, quam firmet, præſup-

Quid præſtet iuramenta de contractu ſeruando.

ſupponit, ſequitur, iurantem de ea re, quam iuramento firmare intendit, indubiam et plenam habere debere notitiam. Ignorans enim ſicuti velle non dicitur, neque ad incognita voluntas porrigitur: GALERAT. *de Renunc. L. 3. c. 9. num. 2.* ita nec iuramentum eius, qui neſcit contenta Inſtrumenti ſcripti, maiorem poteſt promiſſioni conciliare validitatem, cum poſſit facilius fieri, vt multa contra eius voluntatem ei inſerantur, de quibus nunquam cogitauerat, et quæ promittere noluit. Iurans ergo perfecte ſcire et intelligere debet illud, de quo iurat, ſicuti ſecundum *l. 2. C. de iuram. propt. Calumn.* is demum ad iusiurandum teneri dicitur, *qui cauſſam ſcire poteſt, ad quam ex animi ſui ſcientia iuret.* Quæ ſcientia cum inducatur per prælectionem, aliamue certiorationem ſecundum §. *14. Ordin. Not. ſupr. cit.* ibique: *ſummarie* **erzehle und leſe die** *pacte* etc. non video, qua ratione iuramentum obſtringere poſſit eum, qui iurauit, ſe ea, quæ inſtrumento ſunt expoſita, ſeruaturum, niſi notitiam contentorum eius habuerit. Non aliter enim ea confirmaſſe dici poteſt, quam quatenus putauit illa intentioni, quam in iurando habuit, conuenire. Ergo ſi quid præter eius intentionem ibi adiectum poſtea deprehenderit, vix aſſeri poteſt, iurantem indiſtincte ad hoc teneri, vel iuramentum certiorationis vim hoc caſu obtinere. Nam nec iuramentum ad incognita porrigitur *l. f. D. qui ſatiſd. cog. c. quemadmodum 25. X. de iurei.* Nec obligari poteſt ignorans. STRYK. *de Caut. contr. S. 1. c. 5. §. 6.*

De ſententia iur. can. in hoc argumento.

§. XIII. Nec in alia omnia irem, ſi quis me ablegare vellet ad ius Canonicum, quaſi ibi certiſſima et vulgatiſſima Regula deprehenderetur; *omne iuramentum, quod citra diſpendium ſalutis ſeruari poteſt, ſeruandum. c. quamuis 2. X. de pact. in 6. c.*

cum

cum contingat 28. X. de iurei. Hoc quidem non diffiteor, in praxi ad ius Canon. hoc in paſſu prouocari CARPZOV. *p. 2. Deciſ. 256. n. 30.* adeo vt contra naturam iuramenti, et contra diſpoſitionem iuris Ciuilis per illud actus iure Ciuili inualidus ſæpe ſuſtineatur, quod eo ipſo enixiorem ſe obligandi voluntatem promittens teſtatus ſit STRYK. *diſp. de Vſu iuram. in iudic.* §. 18. Sed tamen ſimul compertum habeo, hunc canonem non poſſe trahi ad ea, quæ promiſſori ſunt *incognita*, quippe præſupponit iuramentum; quod adeſſe nequit, vbi ignorantia ſubeſt. Nec poteſt dici hoc caſu, enixiorem voluntatem voluiſſe declarare, qui ignorauit, de quo iurauit. Addo et hoc, quod ſicuti, qui iurat, ſe ſtaturum eſſe præceptis alicuius hominis, iuramentum tale non poſſit extendi ad ea, quæ ſi de iis certioratus fuiſſet, nunquam promiſiſſet: STRVV. *Ex. 7. th. 82.* ita nec is, qui iurat, ſe ſtare velle eis, quæ in inſtrumento ſcripta ſunt, poteſt vlterius per illud obligari, quam quatenus notitiam de contentis eius habuit. Hoc modo itaque dici nequit iuramentum eſſe inſtar certiorationis, quod in ſpecie in materia, vbi mulier intercedit, admittit STRYK. *tr. de Caut. contr. S. 2. c. 6.* §. 4.

Quid præſtet iurata exceptionum renunciatio?

§. XIV. Quid vero dicendum de altero caſu, vbi quis iurauit, ſe renunciare omnibus exceptionibus et beneficiis iuris, vel vbi quis generali renunciationi iuramentum ſubiecit, num hic iuramentum certiorationis vicem ſuſtinebit? Suſtinebit, ſiquidem inhærere velimus veſtigiis PAVL. GALERATI *de renunc. lib. 3. c. 9. n. 11.* aſſerentis, iuramentum non quidem extendi poſſe ad *ignorata de facto*, bene tamen ad *ignorata de iure*, quod iurans præſumatur deliberato animo ad iuramentum accedere. Hactenus tamen a me impetrare non potui, vt diuer-

ſum hic ſtatuerem, nixus fundamentis Cap. I. iactis. Sane quidnam maiorem animi deſtinationem requirit, quam renunciatio et iuramentum? an vero talia non niſi vera et certa ſcientia perfici poſſunt *l. 76. de R. I.* Immo quomodo dici poteſt iuraſſe, qui neſciuit nec intellexit id, cui renunciare voluit? deinde in generali renunciatione defectus conſenſus interuenit: vbi autem defectus conſenſus adeſt, ibi iuramentum nihil operatur. ENENCKEL. *de priuil. parent. et liber. p. 1. priuil. 14. n. 15.* Et quænam eſt ratio diuerſitatis inter ignorantiam eorum, quæ facti et quæ iuris ſunt? Certiorationem in renunciatione expreſſe *Maximil. I. in §. cit. 14.* requirit, ergo iuramentum hic plus operari nequit. Sicuti enim *neſcire* et *non intelligere* reducuntur ad paria, ita idem dicendum eſſe puto, etiamſi quis iurato renunciauerit omnibus beneficiis v. c. fideiuſſoribus competentibus, illa tamen non intellexerit. Ergo nec ita iuramentum vim certiorationis habebit.

Ignoranti ne quidem iure can. nocet.

§. XV. Si examino vlterius hanc quæſtionem ſecundum principia iuris Canonici, magis confirmor in illa ſententia. Illud in quouis iuramento tres comites requirit: *veritatem, IVDICIVM, iuſtitiam. c. animaduertendum 2. c. 22. q. 2.* Conf. *c. etſi Chriſtus 26. X. de iurei.* Iudicium dum requirit, requirit conſenſum. Ergo quicquid impedit conſenſum, illud etiam obligationem iuriſiurandi: STRYK. *in diſp. de Vſ. iuram. in iudic.* §. *30.* Iam ignorantia impedit conſenſum et conſequenter obligationem iuriſiurandi. Huc etiam puto reſpicere alios textus Iuris Canon. *ſupr. cit.* videlicet *c. 28. X. de iurei.* vbi Pontifex expreſſe eximit caſum, quando iuramentum vi, dolo, vel non ſponte præſtitum, quo merito ex identitate rationis ignorantia reducenda. Idem repetit in *c. 2. X. de pact. in 6.* Nam æque igno-

Digitized by Google

ignorantia excludit conſenſum et intellectum, ac dolus et metus. Et in hanc ſententiam mecum eunt citati ab HAHN. *ad Weſenb. tit. ad SCt. Vellei. n. 8.* LESSIVS SANCHEZ. *de Matrimon. 4. diſp. 9. n. 15.* COVARRVV. *ad quamuis 2. de pact. in 6.*

An obliget iuramentum religionis non inſpectis libris ſymbolicis?

§. XVI. Dum hæc ſcribo, meditando incidi in materiam *de iuramento Religionis* præſtando, non inſpectis Libris Symbolicis. Equidem alius tractationis hanc quæſtionem eſſe animaduerto, ſimulque noui, THOMASIVM *in diſput. de iure Princ. circa Heret.* hanc materiam *in cap. ſecundo* excutiendam ſibi reſeruaſſe, quod quidem adhuc exſpectamus. Video tamen communem ſententiam, qua hoc iuramentum acriter defenditur, partim profluere ex eodem erroneo principio, hactenus a nobis reiecto, et deciſionem ſuam capere ex iiſdem fundamentis, quæ hactenus expoſita ſunt. Liceat ergo ob doctrinæ connexitatem breuiter hic excurrere, et quatenus iuramentum religionis *non prælectis* et bene cognitis talibus libris præſtari poſſit, ex eis, quæ hic expoſuimus, declarare. Equidem ſtatim in limine fere deterreor auctoritate tot Theologorum et ICtorum, qui hac de re fere dubitare amplius noluerunt, præſertim cum forte ad manus peruenerit diſp. Theologica Wittebergæ ſub Pl. Reuerend. Dn. Neumanno habita *de Auctoritate librorum Symbolicorum,* vbi in *aph. vlt.* hæc deprehendi verba: *Ipſi vero publicis muneribus admouendi et ſubſcribere et iusiurandum dare nulla teneritate conſcientiæ prohibentur.* Eo magis autem metu quodam perculſus videbar, quod in exegeſi ſubiecta. 1. deprehenderem præter Arminianos aliosque Nouatores hanc theſin in dubium vocare neminem. Re tamen mecum mente volutata, deprehendi, non tantum hæterodoxiæ ſubeſſe periculum, quale ſæpius

pius in eiuſmodi controuerſiis fingitur ad deterrendos homines. Hinc maiori cum fiducia quæſtionis huius excuſſionem ſuſcipio, vbi tamen ſeparo controuerſias alias, huc quidem iam non facientes, an iuramentum Religionis ſit conueniens S. Scripturæ? an rectæ rationi? annon coactionis ſpeciem inuoluat, ſapiatque dominatum ſacrum? De quibus luculenter egi et ſimul originem huius iurisiurandi expoſui in *Iure Eccleſ. prot. lib. I. tit. XII.* §. XX. et ſeq. Conf. I. G. L. in tr. quem appellat, **der verführiſche Atheiſten-Hauffe** *c. 6. pag. 398. ſeqq.* ARNOLD. **Abbildung der erſten Chriſten** *Lib. VIII. c. 20.* Eiuſd. **Kirchen- und Ketzer-Hiſtorie** *p. 2. lib. 16. c. 18. §. 7. 8.*

Verior ſententia.

§. XVII. Solummodo ergo ſollicitus ero de illa quæſtione: *An*, (ſi ponamus tale iuramentum eſſe licitum) *illud poſſit præſtari abſque accurata notitia et idonea certioratione eorum, quæ in libris huiuſmodi continentur: et an abſque illa certioratione et notitia præſtitum obliget iurantem, vt non poſſit abſque crimine periurii ab illis articulis recedere, ſi forſan talia deprehendat, de quorum veritate conuictus non ſit conſcientia?* Mallem libenter communi fere ſententiæ inhærere, niſi aduerſus euidentia principia pugnarem, quæ in antecedentibus fuſius declaraui. Puto ergo abſque ſufficiente informatione et certioratione neminem ad tale iuramentum admitti poſſe, quippe quod ad ignorata non recte præſtatur. Debet enim ex deliberato procedere propoſito, quod ceſſat, ubi non adeſt cognitio eius rei, de qua iuratur, penes iurantem. Deficit eo ipſo *iudicium*, alterum ex tribus iuramenti comitibus requiſitum neceſſarium. Immo ſi vel in negotiis humanis et contractibus nemo poteſt obligari, ſi non ſufficienter de contentis in inſtrumento fuerit certioratus, etiam ſi iuramentum acceſſerit, multo magis cognitio accuratior in his

lis requiritur, vbi non agitur de damno temporali aut de glande legenda, ſed de æterno, antequam iuramentum religionis deſuper præſtetur, ne contrarium dicendo incidamus in principia, Tyrannidem ſacram redolentia, v. gr. *eſſe credendum, quia Eccleſia repræſentatiua ita credat, ſufficere generalem notitiam de fide, in illis libris contenta etc.* Vere *cæca* foret *obedientia*, fidesque *carbonaria* euaderet, ſi quis, qui vel nunquam libros Symbolicos oculis inſpexiſſet, tamen antequam ad publicum admitteretur officium, temere iuramentum de non recedendo a libris illis, ne quidem quoad punctum aut litteram, præſtaret. Ita vere fieret religio tortura ſpiritualis, cum ſic iuramentum remedium admodum commodum exiſteret, facillime homines a ſcrutatione ſcripturarum, quam tamen ſaluator *Ioh. V, 39.* tam ſollicite commendat, abducendi. Ita vere fides, (cuius coactionem illicitam eſſe omnes clamitant, ſed clamitant,) reduceretur in *coactionem*, poſtquam nemo aliter ad publica officia admitti poſſet, niſi præſtito tali iuramento, cui tamen *iudicium* deeſt. Bene hac de re iudicat B. Dn. SECKENDORF im Chriſten-Staat *lib. 2. c. 9. §. 6.* quod Princeps non poſſit ſubditis articulos fidei obtrudere, id quod tamen re vera fieret per huiuſmodi inconſultum iuramentum. Reſtat ergo, vt dicamus, a nemine hoc iuramentum exigi poſſe, immo neminem ad hoc iuramentum ſalua conſcientia admitti poſſe, (ſuppoſito, quod licitum ſit) niſi antea de ipſis articulis exacte informatus ſit et certioratus. Sed tamen praxis proh dolor! principia hæc damnat, et neſcio quid criminis illis imputat. Plurimi ita iurant, vt neſciant, quid iurent. Immo ne quidem certioratio talis antecedanea vulgo requiritur. Hiſtoria Eccleſiaſtica et exempla quotidiana præbent teſtimonia, omni exceptione maiora. Conf. ſupra laud. ARNOLDI Ketzer-Hiſtorie *lib. 16. cap. 18. §. 6.* vbi adducit notabilem locum ex GE-

ORG. MÜLLERI *Hiſtor. de Formul. Concord.* cuius verba huc referre placet: Alſo mag einer gar wohl ohne Verletzung ſeines Gewiſſens, auf die im Concordien-Buch gehaltene Lehren ſich gründen, und endlich darzu verpflichten, wenn er gleich NB. nicht umſtändlich, und von der Hiſtorie des Buchs keine eigentliche Nachricht hat.

Obiectionibus reſpondetur.

§. XVIII. Quid vero reſpondebimus ad dubia, quæ nobis hac in quæſtione a Diſſentientibus, aut contrariæ opinioni fauentibus, moueri poſſunt? Equidem illa tangunt principaliter quæſtionem, an iuramentum hoc ſalua conſcientia præſtari poſſit? De qua tamen hic præciſe non ago; quia tamen pleraque talia ſunt, vt etiam quæſtionem excuſſam impugnent, breuiter, pro inſtituti ratione, ad hæc reſpondebo. Antea tamen remouebo dubium, quod ex *l. iubemus 19. C. de epiſc. audient.* pro ſecus ſentientibus patrocinium ingens afferre videtur. Ibi enim ad publicum officium admittendis iniungitur, vt ſub iuramento profeſſionem fidei ſuæ edant. Verum hoc quoad quæſtionem præſentem contra me adduci nequit, cum *l. cit.* diſerte requirat, vt illi, qui talem poſſeſſionem edere volunt, ſacroſanctis orthodoxiæ ſint imbuti myſteriis. Quid quod aliud ſit edere publice profeſſionem fidei ſuæ ſub iuramento; et aliud, iuramentum præſtare de non recedendo a formulis, in libris quibuſdam præſcriptis et iniunctis, quæ iuranti ne quidem innotuerunt. Quanquam vero et hic plura moneri poterant, tamen eo lubentius abſtineo, quo magis has quæſtiones et ſimiles inde moueri ſolitas hic alienas puto. Dubia autem ex d. diſp. ſunt: Symbolicos libros eſſe ipſum Dei verbum, qua *rem et ſententiam.* De diuina autem veritate aliquem tuto, etiamſi cognitionem de ea non habeat accuratam, teſtimonium iuratum perhibere poſſe. Puto tamen magnam eſſe differentiam inter *ipſum*

Dei

Dei verbum et eius interpretationem. Iam libri ſymbolici ſunt vtique interpretatio eorum, quæ in ipſo Dei verbo proferuntur. At vero non eadem eſt ratio interpretationis, et ipſius verbi diuini. Et quomodo de ſequenda alterius hominis interpretatione iurare poſſum, niſi cognitam illam habeam? Recte pii Iſraelitæ iuramentum præſtiterunt de ſancto Dei fœdere ſeruando; ſed erat ipſum Dei fœdus populo Iſraelitico optime cognitum, in primis de agendis conceptum, non de credendis aut interpretatione Sancti fœderis. Ex hac ratione vix reiicerem formulam illam, quam communiter tolerare nequeunt, *quatenus cum Scriptura conſentiunt,* et ita facilius tale iuramentum tolerarem, cum ſic non poſſit dici de ignotis iuraſſe, quod de talibus iurauerit, ad quæ etiam abſque iuramento omni obſtrictus erat. Neque enim ignorans vlterius ſe ad aliquid adſtringere poteſt, quam quatenus S. Scripturæ id conuenire credat, et de cuius veritate in ſua conſcientia conuictus eſt. Sine dubio huc redit ſententia BRVNNEMANNI *de Jure Eccleſ. l. 1. n. 2. §. 12. in f.* vbi ex Ioh. Gerh. Voſſio *de Synodis* ita loquitur: *Si Synodus ſæpe falli poſſunt, magiſtratus iis non debet credere propter ſe, quia ſcilicet ſunt Synodorum decreta, ſed quia conſentiunt cum S. Scriptura.* Quis aliud aſſerere auderet de libris Symbolicis, quorum auctoritas non maior eſſe poteſt quam ipſorum conciliorum? horum vero auctoritas *ex conuenientia cum ſcriptura* dependet. Vbi meam confeſſionem edo, quatenus de ea conuictus ſum in conſcientia, categorice illam edo, qui de eius veritate conuictus ſum. At vbi aliorum conceptibus ſubſcribere debeo, non informatus de iis pleniſſime, id facere nequeo categorice. Sed obiicitur: Veritas ſupponi debet a ſubſcribente et iurante. Reſpondeo: quomodo veritas ſupponi poteſt eius rei, cuius notitiam non habeo, et vbi error committi potuit? *Credere ignota poſſum, ſed*

veri-

veritatis prædicatum de his longe remotum eſt. Sed tamen recti-us ſe informari permittat, vlterius obiicitur. Recte: modo laqueus conſcientiis non iniiciatur et illa informatio ſit *doctrinalis* non *imperatiua et legislatoria.* Sed redeo in viam.

Clauſulæ contractuum, non prælectæ, non obligant.

§. XIX. Quæ iam de renunciationibus fuſius ſunt dicta, eadem ratione ad *Clauſulas*, contractui adiici ſolitas, referre omnino neceſſe eſt. Suadet id textus ſupra laud. *in Ordin. Max. I.* §. *14.* qui expreſſe mentionem clauſularum facit, et prælectionem, et explicationem vniuſcuiuſque clauſulæ exigit per verba: Und leſe die Pacte, Verzichte und jede Clauſuln. De Iure communi illud ipſum ex eo euidens eſt, quod clauſulæ adiectæ re vera pactum quoddam adiectum contineant. Iam vero quicquid iuris eſt in toto, id quoque iuris in parte. Conf. GEORG. BARSCHAMP. *radix Clauſul. c. 1.* Immo ſicuti nemo poteſt adiicere pactum contractibus, niſi partes in illud ipſum conſenſerint, illudque expreſſerint, merito omnes clauſulæ ex *voluntate contrahentium* ſunt determinandæ et inde omnem vim capiunt. Hinc quamuis de illis aſſerant, quod non debeant eſſe inutiles et ſuperfluæ, tamen fere res eo hodie redacta eſt, vt ſi eas ſecundum principia iuris examinare velimus, non poſſint non fieri ſæpe inutiles. Habent enim Notarii, inſtrumenta et chirographa conficientes, formulas ordinarias, et ſolemnes, quas vbique adhibent, non diſcernendo ſæpius, quas perſonas negotium concernat, et ſic conſuetæ Clauſulæ magis ex conſuetudine Notariorum apponuntur, quam voluntate partium. Quam vim ergo habebunt? Nullam fere, ſi conſtat, vim earum contrahentibus fuiſſe ignotam. Nam tum ex eorum voluntate non ſunt adiectæ. Ponamus reperiri in aliquo inſtrumento clauſulam *conſtituti poſſeſſorii*, quis diceret illam operari commoda poſſeſſionis in creditore, cum hoc debitor nunquam

vo-

Digitized by Google

voluiſſe dici debeat. Illæ enim, vt ait BARBOSA *in tr. de Clauſ. vſu freq. clauſ. 1. num. 8.* quæ ſunt appoſitæ de *Stylo Notariorum*, non nocent ſine præcedente certioratione: quo etiam collimat text. ſupra *cap. 1. §. 11.* adductus vbi diſerte habetur, quod conſenſus ſit pars eſſentialis ipſius contractus, **und aller andern Dinge, deren ſich die Partheyen vereinigen, ob ſie gleich von Gewohnheit dabey geſetzet würden:** Inde iudicium ferri poteſt de illa clauſula, quæ exceptionem, *rei non ſic ſed aliter geſtæ*, **es wäre anders geſchrieben, als abgeredet worden,** concernit. Hæc ſine dubio inuenta eſt ad tollendam exceptionem non factæ prælectionis; vana tamen eſt, ſi de prælectione et certioratione non conſtat. Quomodo enim potuit hanc clauſulam ex animi deſtinatione certe adiicere, qui contenta ipſa Inſtrumenti ignorauit? Et ex quo fundamento reliquæ clauſulæ adiectæ ſunt, et hæc adiici potuit.

§. XX. Progreditur ad aliam aſſertionem: *Scriptura, licet nulla ſpecialia, ob quæ alter ex contrahentibus prætendere poſſit ignorantiam, contineat, inſufficiens eſt ad obligationem inducendam vel eam probandam, ſi ex ipſa ſubſcriptione appareat, contenta abſente ſubſcribente fuiſſe adiecta.* Huc merito refero *chartas blancas*, vulgo **Blanqueten**, quarum vis et efficacia ex eo ipſo fere recidit, quod demonſtratum eſt, *perlectionem* et *prælectionem* in Contractibus huiuſmodi eſſe neceſſariam, quæ tamen notorie in chartis blancis ceſſat. Neque enim, qui chartam blancam ſubſcripſit, certus eſſe poteſt, de inſertis in illa ſchedula, et ſic ſemper anceps hærebit; an *ſecundum eius voluntatem* ſic concepta? Non ergo cenſetur contenta approbaſſe, nec ſibi præiudicabit, cum ratificatio non præſumatur facta niſi de his, quæ lecta, cognita et recte intellecta fuerunt a ratifi-

An charta blanca ſimpliciter obliget?

cante. OLDRAD. *conſ. 229. n. vlt.* CRAVET. *conſ. 120. n. 14.* MEV. *de praeſ. 57. n. 2.* SCHNEIDEW. *ad I. tit. de E. V. in pr. n. 9.* MODEST. PISTOR. *vol. 1. conſ. 37. n. 5.* Exinde iam infero id, quod ſupra *h. c.* §. 2. anticipaueram, blanquetum, *ad mandatum alicui datum, non habere vim mandati de iure*, nec habere poſſe, quatenus illa, quae poſtea ei inſerta ſunt, *cognita et intellecta* a mandante dici nequeunt. Dubium tamen plerique hic mouent, in primis ſummus ICtus, CARPZOV. p. 3. Dec. 238. n. 9. 10. 11. vbi infit: *Si blanquetum ſimpliciter a litigantibus ſubſcriptum in iudicio proponatur, quantumuis procurator ipſemet facultatem reaſſumendi litem, de rato cauendi vel documenta recognoſcendi ei inſeruit, quin tamen pro ſufficiente et legitimo mandato id haberi debeat, vix ambigendum erit. Ex ſimplici namque ſubſcriptione videtur mandans conſentire ei, mandatum ita extendere prout perſonam chartae blancae inſcribere velit, aut poſſit, adeoque etiam poteſtatem concedere ei mandatum ita extendere prout perſonam ſuam per id ſufficienter ad omnes iudicii et proceſſus intentati actus legitimatam exiſtimauerit, quia ſubſcriptio generalis generalem inducit conſenſum et approbationem.*

Dubiis reſpondetur.

§. XXI. Difficulter adducor, vt ſententiae huic ſubſcribam, cum videam, ea omnia hic euerti, quae ſupra pleniſſime ſunt excuſſa, et loco fundamenti poſita, v. c. *quod generalis conſenſus non ſufficiat, vbi ſpecialis requiritur, quod non trahatur ad incognita etc.* Et cur quaeſo legislatores ad quoſdam actus ſpeciale mandatum tantopere requirerent, ſi non voluiſſent, vt non *niſi deliberato ſatis propoſito* ex certa ſcientia alteri hoc ipſum iniungeretur? An enim expreſſio eorum in mandato, quae *ſpeciale* mandatum requirunt, de forma tantum ſit et dicis gratia? Quis

Quis talia ſaluis iuriſprudentiæ principiis, ſaluis legitimæ interpretationis regulis, tuto aſſerere audet? Aut ergo de iure tale mandatum inutile et mancum et iuſta exceptione non factæ prælectionis elidibile erit; aut fruſtraneæ hodie ſunt et otioſæ omnes diſpoſitiones de mandato ſpeciali a Legislatoribus tam ſollicite promulgatæ. Inde profluit ſine dubio Dd. quorundam ſententia, quod charta blanca non extenſa admitti poſſit in iudicio ſub *cautione rati*, non tamen, vbi quid *ſpecialiter* mandari debuit vid. FRIDER. MINDAN. *Proceſ. p.* 1. *c.* 7. *n.* 47. ſcilicet ſolam extenſionem exigunt, non requirentes, an extenſio ſit facta conſcio et intelligente eo, a quo extenſio fieri debebat: vid. CARPZ. *de Proceſ. tit.* 5. *art.* 1. *n.* 110. *ſeqq.* BERLICH. *P.* 1. *concl.* 14. *n.* 10. Equidem plerumque hoc ideo fieri dicitur, quod non præſumatur, procurator præter ſcientiam mandantis ad caſus ſpeciales extendiſſe, licet charta blanca ſimpliciter a mandante ſubſcripta et ſigillata fuerit. CARPZOV. *cit. loc. art.* 2. *num.* 6. Verum quid de tali præſumtione ſciendum ſit, dicetur *cap.* 3.

§. XXII. Exinde puto conſtare, quantum præiudicium afferat, vitium omiſſæ prælectionis. Immo cum alioquin ſcriptura habeat effectum paratæ exſecutionis, in hoc caſu ſane effectus hic maxime ceſſabit. Nam ſcriptura licet in ſe hunc effectum non habeat, habet tamen vi factæ recognitionis, qua ſcripturam alter agnoſcit. Vnde mouet hic CARPZOV. *de Proceſ. tit.* 22. *art.* 1. *n.* 40. *ſeqq.* hanc quæſtionem *an documentum vel inſtrumentum ſit liquidum ad decernendam exſecutionem, quod quidem a debitore ſubſcriptum et ſigillatum, in charta tamen blanca ab alio confectum perhibetur?* cuius quæſtionis deciſio pendet ex illa: quatenus in genere *recognoſci* poſſit inſtrumentum non *An ex ſcriptura non prælecta exſecutiue agi queat?*

prælectum? vbi puto qualitates recognitionis diligenter eſſe obſeruandas.

Omnis recognitio ad manum et contenta pertinet.

§. XXIII. Secundum VLPIANVM *in l. 56. D. de V. S.* cognoſcere inſtrumenta, eſt *relegere* et recognoſcere. In primis autem recognitio ad duo deducitur capita, 1) vt debitor, poſtquam ſcripturam legerit, dicat *ſe recognoſcere illam ſcripturam et ſigillum pro ſua manu et ſigillo.* 2) vt ſimul *contenta agnoſcat pro ſua obligatione,* ſeu quod ſecundum eius voluntatem ſint inſerta inſtrumento. Nam vt prudenter dicit CARPZ. *de proc. tit. 14. art. 2. n. 61. Non eſt audienda pars aduerſa, ſi ſcripturam et ſigillum pro ſuo ſimpliciter agnoſcat, in hoc acquieſcens, ſed ipſum etiam inſtrumentum pro ſua obligatione vel tali tenore, qui a producente allegatur, recognoſcere vel diffiteri debet.* Qualis enim foret confeſſio, ſi recognoſcens ſubſcriptionem tantum et ſigillum, non etiam contenta documenti fateatur? quid enim ſi charta blanca vel ſigillum fuerit clam ſurreptum et ita falſum commiſſum? *Id. c. l. n. 62.*

Quatenus haec ab imperito literarum obtineri poſſit?

§. XXIV. Ex quo et illud fluit, quam difficilis ſit recognitio eius, qui *imperitus litterarum* eſt. Nam ipſam ſcripturam agnoſcere nequit, quippe quæ tota ab alio confecta eſt: quoad *contenta* autem hæc ſupererit difficultas, quod facile obiicere poſſit, ſibi non fuiſſe legitime prælectam hanc ſcripturam, nec ſecundum eius voluntatem conceptam. Ergo ante omnia conſtare tali caſu debet, inſtrumentum illud eius iuſſu fuiſſe conſcriptum CARPZ. *c. l. n. 67.* ſcilicet vbi teſtis iurato deponit, quod cum præſcitu et iuſſu debitoris hoc ſcriptum ſit, tunc poteſt creditor ad iuramentum ſuppletorium admitti. SCHILTER. *Ex. 35. th. 18.*

§. XXV.

Digitized by

§. XXV. Sed videtur hic aliqua contradictio ſubeſſe, quod eo ipſo quis poſſit *recognoſcere* manum, et ſimul *diffiteri*. Sed contradictio vera non ſubeſt, cum non idem neget et affirmet, ſed recognoſcit *manum*, diffitetur vero ipſa *contenta*. Conf. CARPZ. *P. 1. deciſ. 13. n. 10.* et *P. 3. deciſ. 233. n. 18. n. 19.* Et ita quoque illuſtris Facultas Iuridica inclytæ huius Fridericianæ in caſu, quo donans inſtrumentum donationis non perlegerat, menſe Ianuar. anni CIↃIↃCC. reſpondit. Conf. NICOL. EBERHARD. *de Fide Inſtrumentorum cap. 2. n. 84. et ſeqq.* vbi fuſius de hac prælectionis neceſſitate ediſſerit. *Dubium ſoluitur.*

§. XXVI. Quibus poſitis, quæſtio, §. XXII. a CARPZOV. mota, facile decidi poteſt; ipſe quidem *ſupra cit. l. n. 41. ſeqq.* illam affirmat, probationem falſitatis inſtrumenti & deceptionis ad *reconuentionem* ablegans 1) quod *præſumtio* ſit contra ſcribentem et ſigillantem, 2) quod eo ipſo, quo paſſus eſt alterius ſcriptura repleri chartam blancam a ſe ſubſcriptam, cenſeatur omnia contenta *approbaſſe*, quia 3) *ſubſcriptio* ad omnia inſtrumenti *contenta* extenditur. Sed vero vix induci poſſum, vt ſubſcribentem hoc caſu ad reconuentionem delegem, cum poſſit iurato diffiteri contenta inſtrumenti, quo caſu exſecutiue procedi nequit, et ipſe Carpz. non adeo alienus ab hac videtur eſſe ſententia, dum n. 54. limitationem ſubnectit, *ſi de fortiori falſitatis præſumtione appareat*, quo caſu concedit, paratam exſecutionem impediri et ſubſcribentem ad iuratam diffeſſionem admitti. *Sententia de quæſtione, §. XXII. mota, exponitur.*

§. XXVII. Cum itaque appareat, quantum præiudicium vitium omiſſæ prælectionis pariat, in contrahendo merito ad hactenus expoſita principia attendendum erit. Et non tantum hic vtilis eſt *cautela*, *c. 1. §. 12.* laudata, ſed ſimul ad excludendam *Cautela traditur.*

omnem ſiniſtram ſuſpicionem, proficuum erit formam ſcripturæ ita dirigere, vt abſtineatur ab omnibus terminis iuris abſtruſis, et concinna breuitate in ipſis ſcriptura explicentur, quæ alias ſecundum communes formulas contrahendi confecta ab imperito iuris intelligi non poſſunt. His enim obſeruatis calumnia inſignis foret, quando quis ignorantiam prætendere et inde vim ſcripturæ eneruare vellet. Immo ceſſabunt tali cauſſa effectus hactenus expoſiti, ita vt recognoſcendo manum, non poſſit non ſimul recognoſcere contenta, niſi forſan aliud obſtaculum adhuc ei patrocinetur.

CAPVT III.

DE RATIONE PROBANDI PRAELECTIONEM.

ARGVMENTVM.

§. I. De ratione probandi dubia quædam in vtramque partem proponuntur. II. Pro omni inſtrumento eſt præſumtio veritatis. III. Qui ſe fundat in vitio omiſſæ prælectionis, vitium hoc docere debet. IV. In perſonis tamen, in quibus ignorantia iuris præſumitur, certioratio non præſumitur. V. Reſoluitur dubium, quod, qui neget, non probet. VI. Quomodo probanda ignorantia. VII. Vbi Scriptura, tanquam medium declarandi voluntatem adhibetur, probat, qui prælectionem negat. VIII. Vbi Scriptura ſubſtantiam negotii ingreditur, probatio incumbit ei, qui prælectionem negat. IX. Concluſio §. 9.

§. I.

A quo probanda ſit prælectio?

Controuerſia mota ratione vitii non factæ prælectionis, res omnis ad *probationem* defertur, et hinc oritur prima dubitatio, cui hac in materia *onus probandi* incumbat? Pro vtroque militant rationes non leues. Actor ſe fundat in *ſcriptura*, immo

immo in *præſumtione*, quod ſubſcribens cognouerit contenta inſtrumenti, et quod falſum non commiſſum ſit, quippe quod plane non præſumitur. Reus obiicit: prælectionem eſſe *facti*, talia autem non præſumi; ſed probari debere; in genere vero eum, qui in facto ſe fundat, onus probandi ſubire debere; porro ſuam *exceptionem* eſſe *negatiuam*, iam autem *per rerum naturam factum negantis probationem nullam eſſe l. 23. C. de Probat. l. 10. C. de non numer. pecun.*

Pro inſtrumenti veritate militat præſumtio.

§. II. Equidem Inſtrumenta Notarii publicam fidem vtique merentur vid. *tit. D. de Fid. Inſtrum.* BORNIT. *de Inſtr. lib. 3. c. 5.* ſed cum hic præcipue agatur de priuatis contractuum ſcripturis, alia ſine dubio in medium producenda ſunt fundamenta. Triplici autem ratione ſcriptura circa conuentiones ex ſupra dictis verſatur, vnde et diſtinctim de ſingulis agendum erit. Sit ergo prima aſſertio: *1) Qui in ſcriptura probationis gratia conuentionibus accedente ſe fundat; fundatam regulariter habet intentionem.* Veritas huius aſſertionis manifeſta eſt ex *l. optimam quæſtionem 14. C. de inutil. ſtipul.* ex qua patet, pro omni inſtrumento tali eſſe præſumtionem duplicem, ſolemnitatis et VERITATIS, et quia prælectionem hic non tam ad ſolemnitatem, quam ad *veritatis* certitudinem requiſiuimus, eatenus pro inſtrumento præſumi apparet, quod contrahentium voluntati vtique conforme ſit, nihilque contra voluntatem eorum additum. Hæc præſumtio tam prægnans eſt, vt contrarium aſſerens liquidis et manifeſtis probationibus falſitatem eius euincere teneatur. conf. *l. licet. 1. C. eod.* Ex qua generali præſumtione profluxit deciſio *l. cum precibus 18. C. de probation.* quæ ad noſtram quæſtionem valde quadrat. Violantilla quærebatur apud Impp. Dioclet. et Maximinianum, Titium aduerſari-

ſarium prædium, ignorante ea, ſibi velut ab illa donatum, inſtrumentis inſeri iuſſiſſe; reſponderunt Impp. probare eam oportere, contra voluntatem eius fundum illum aduerſarium eius ſibi adſcribi laboraſſe. Huc etiam faciunt, quæ ſupra de præſumtione contra ſubſcribentem dicta.

Ergo omiſſa prælectio ab alle: ante probanda.

§. III. Inde vero II.) infertur: *Qui ſe in vitio non factæ prælectionis hoc in caſu fundat, vitium vtique hoc docere debet.* Quæ concluſio quamuis ex primo aſſerto legitime fluat, tamen a dubiis non eſt immunis. Remouenda ergo illa erunt, vt inoffenſo pede procedere poſſimus. Occurrit autem text. valde notabilis in *Ordin. Maximil. ſupra laud.* §. 15. qui contrarium innuere videtur. Verba eius ſunt: Denn wiewol das Recht vermuthet, und dafür achtet, daß die Parthey alles das, ſo nach der Natur des Contracts und Gewohnheiten des Orths gewöhnlich abgeredet wird, verwilliget haben, ob gleich ſolches aus dem Protocoll nicht erſchiene, noch auch von den Partheyen ausgedrücket würde, auch etliche ſind, die wollen, daß ſolches von einem Notario zu thun nicht noth ſey, ſo iſt doch gewiſſer und der Billigkeit gemäſſer, daß alſo, wie obſtehet (intelligit prælectionem) zu halten, um vieler Urſachen willen: denn es gehöret dem Richter und nicht Notarien zu, auf Vermuthung und præſumtion zu ermeſſen, ſondern allein von dem zu ſchreiben, ſo mit leiblichen Sinnen empfangen, wie vor angezeiget, dieweil er der Notarius, einem Zeugen gleich, ſchreiben ſoll. Hoc quidem certum eſt, textum hunc prælectionem neceſſitatem magis ſtabilire, ſed neutiquam tamen euertit præſumtionem, de qua in §. II. actum, ſed ſolummodo innuit, præſumtionem talem pro inſtrumento non tollere neceſſitatem prælectionis, cum iudicis ſit, de præſumtionibus iudicare, non Notarii, qui ideo nihilominus ad prælectio-

lectionem tenetur. Quamuis prælectio ipſa facti ſit, et ſic non præſumatur; BORNIT. *de Inſtrum. lib. 3. c. 20. in f.* ibique allegat. Mynſ. *in c. 2. X. de Fid. Inſtrum. n. 22.* illa præſumtio iuris tamen tamdiu locum habet, donec contraria fortior appareat. Eſt autem illa, quæ pro omni inſtrumento eſt, omnino fortior, cum aduerſus illam non niſi liquidiſſimæ probationes admittantur: et ſic hoc caſu pro perlectione præſumendum eſſe aſſerit CARPZOV. *P. 3. Dec. 237. n. 18.*

§. IV. In hoc vltimo dubio autem puto diſtinctius procedendum, in primis ratione *certiorationis*, quam prælectio includit. Equidem certiorationem in omnibus contractibus requiri, ſupra euicimus; quoad rationem probandi autem puto diſcrimen vtique inter perſonas eſſe faciendum. Vnde addo III) *In quibus perſonis ignorantia iuris præſumitur, ibi certioratio iurium facta non præſumitur, ſed edoceri debet.* Ex quo aſſerto infringitur quodammodo generalitas præſumtionis, §. II. adductæ; idque non ſine ratione. Cum enim leges in quibuſdam talem præſumant, et ſic eis ex iuſta cauſſa illam non imputent, ſequitur, vt eo magis ſint certiorandæ de iure ſuo: quæ certioratio tamen hoc caſu in dubio non præſumitur GALLERAT. *de Renunc. lib. 3. c. 10. num. 21.* Ratio differentiæ hæc eſt, quod in aliorum contractibus leges quemlibet iura ſcire præſumant, contra quam præſumtionem quidem admittitur probatio contraria, ſe nec ius intellexiſſe, nec ſe certioratum de beneficiis eſſe: at in hiſce perſonis, veluti mulieribus, ignorantia iuris præſumitur. Ergo certioratio adhibenda et probanda, STRVV. *Ex. 21. th. 10.* Si tamen Notarius in inſtrumento diſerte aſſeruerit, mulierem eſſe de ſuis beneficiis edoctam, præſumendum hoc caſu pro Notario et ſcriptura. HERING. *de Fidei. c. 7. n. 482.*

Certioratio perſonis, ius ignorantibus, facta non præſumitur.

ſarium prædium, ignorante ea, ſibi velut ab illa donatum, inſtrumentis inſeri iuſſiſſe; reſponderunt Impp. probare eam oportere, contra voluntatem eius fundum illum aduerſarium eius ſibi adſcribi laboraſſe. Huc etiam faciunt, quæ ſupra de præſumtione contra ſubſcribentem dicta.

Ergo omiſſa prælectio ab allegante probanda.

§. III. Inde vero II.) infertur: *Qui ſe in vitio non factæ prælectionis hoc in caſu fundat, vitium vtique hoc docere debet.* Quæ concluſio quamuis ex primo aſſerto legitime fluat, tamen a dubiis non eſt immunis. Remouenda ergo illa erunt, vt inoffenſo pede procedere poſſimus. Occurrit autem text. valde notabilis in *Ordin. Maximil. ſupra laud.* §. 15. qui contrarium innuere videtur. Verba eius ſunt: Denn wiewol das Recht vermuthet, und dafür achtet, daß die Parthey alles das, ſo nach der Natur des Contracts und Gewohnheiten des Orths gewöhnlich abgeredet wird, verwilliget haben, ob gleich ſolches aus dem Protocoll nicht erſchiene, noch auch von den Partheyen ausgedrücket würde, auch etliche ſind, die wollen, daß ſolches von einem Notario zu thun nicht noth ſey, ſo iſt doch gewiſſer und der Billigkeit gemäſſer, daß alſo, wie obſtehet (intelligit prælectionem) zu halten, um vieler Urſachen willen: denn es gehöret dem Richter und nicht Notarien zu, auf Vermuthung und præſumtion zu ermeſſen, ſondern allein von dem zu ſchreiben, ſo mit leiblichen Sinnen empfangen, wie vor angezeiget, dieweil er der Notarius, einem Zeugen gleich, ſchreiben ſoll. Hoc quidem certum eſt, textum hunc prælectionem neceſſitatem magis ſtabilire, ſed neutiquam tamen euertit præſumtionem, de qua in §. II. actum, ſed ſolummodo innuit, præſumtionem talem pro inſtrumento non tollere neceſſitatem prælectionis, cum iudicis ſit, de præſumtionibus iudicare, non Notarii, qui ideo nihilominus ad prælectio-

lectionem tenetur. Quamuis prælectio ipſa facti ſit, et ſic non præſumatur; BORNIT. *de Inſtrum. lib. 3. c. 20. in f.* ibique allegat. Mynſ. *in c. 2. X. de Fid. Inſtrum. n. 22.* illa præſumtio iuris tamen tamdiu locum habet, donec contraria fortior appareat. Eſt autem illa, quæ pro omni inſtrumento eſt, omnino fortior, cum aduerſus illam non niſi liquidiſſimæ probationes admittantur: et ſic hoc caſu pro perlectione præſumendum eſſe aſſerit CARPZOV. *P. 3. Dec. 237. n. 18.*

Certioratio perſonis, ius ignorantibus, facta non præſumitur.

§. IV. In hoc vltimo dubio autem puto diſtinctius procedendum, in primis ratione *certiorationis*, quam prælectio includit. Equidem certiorationem in omnibus contractibus requiri, ſupra euicimus; quoad rationem probandi autem puto diſcrimen vtique inter perſonas eſſe faciendum. Vnde addo III) *In quibus perſonis ignorantia iuris præſumitur, ibi certioratio iurium facta non præſumitur, ſed edoceri debet.* Ex quo aſſerto infringitur quodammodo generalitas præſumtionis, §. II. adductæ; idque non ſine ratione. Cum enim leges in quibuſdam talem præſumant, et ſic eis ex iuſta cauſſa illam non imputent, ſequitur, vt eo magis ſint certiorandæ de iure ſuo: quæ certioratio tamen hoc caſu in dubio non præſumitur GALLERAT. *de Renunc. lib. 3. c. 10. num. 21.* Ratio differentiæ hæc eſt, quod in aliorum contractibus leges quemlibet iura ſcire præſumant, contra quam præſumtionem quidem admittitur probatio contraria, ſe nec ius intellexiſſe, nec ſe certioratum de beneficiis eſſe: at in hiſce perſonis, veluti mulieribus, ignorantia iuris præſumitur. Ergo certioratio adhibenda et probanda, STRVV. *Ex. 21. th. 10.* Si tamen Notarius in inſtrumento diſerte aſſeruerit, mulierem eſſe de ſuis beneficiis edoctam, præſumendum hoc caſu pro Notario et ſcriptura. HERING. *de Fidei. c. 7. n. 482.*

HAHN. *ad Weſ. tit. de SCt. Vellei. n. 9.* STRVV. *l. c.* conf. quæ dicta ſunt *cap. 2. §. 10.* vbi de præſumtione contra certiorationem talem pluribus actum, et oſtenſum qua ratione probari poſſit.

Dubium de probatione negatiuæ proponitur.

§. V. Quod autem dubium *de probatione negatiuæ* affertur; id quidem tale eſt, vt pluribus limitationibus ſubiaceat; immo ſupponit communem opinionem, negatiuæ non dari directam probationem. Sed ſicuti poſterior ſententia magis communis quam vera eſt, prout hoc ipſum enucleauit ex veris principiis iuris HENRICVS COCCEIVS *diſp. de direct. probat. Negat.* ita eo facilius ad hoc argumentum reſponderi poſſe puto. Difficilius quidem probatur; ſed quod difficilius probatur, id tamen probationem recipit. Quia ſcilicet reus ſe hic in negatiua fundat; h. e. in illa eſſentiam quaſi ſuæ intentionis conſtituit, nec pro eo eſt præſumtio iuris, hinc auctor eius dubii habetur et eodem modo rem incertam in iudicium affert, vti regulariter reus, et conſequenter non minus probare debet, quam is qui in affirmatiua ſe fundat. Idque multo magis in hoc caſu, quia ſimul præſumtio iuris contra reum militat. vid. cit. diſput. *c. 4. §. 2. 4. et 8.*

Ignorantia contentorum iuramento probanda.

§. VI. Cum ergo is, cui non eſt prælectum inſtrumentum, vel qui de his, quæ in eo habentur, non eſt certioratus, ſe fundet in ignorantia, hæc autem conſiſtat in intellectu et conſcientia, non aliter illa, quam per *iuramentum* probari poteſt Conf. GAIL. *Lib. 2. Obſ. 48. num. 23. et 24.* Etſi enim in *c. l. 14. C. de Contrah. Stipul.* dicatur, quod non niſi liquidiſſimæ probationes per ſcripturam vel teſtes contra tale inſtrumentum admittantur: ſupponendum tamen, ſcripturam in ſe non eſſe ſuſpectam, qualis vtique eſt, vbi de *prælectione* non conſtat, quam leges

Digitized by Google

leges omnino requirunt. Cui proxime accedunt illa, quæ *cap. anteced.* §. *XXIV.* de iurata diffeſſione diximus, quod in hoc caſu, etiamſi manum recognouerit, tamen adhuc poſſit iurato diffiteri ipſam obligationem, quo ipſo effectus Inſtrumenti liquidi tolli dictum eſt.

§. VII. Ceterum vbi ſcriptura, vt *medium declarandi* noſtram voluntatem, perhibetur, eædem fere Regulæ hic locum habebunt. Vnde ſubſtituo IV) *quod is, qui ſcripturam talem priuatam ſubſcriptam ſe non legiſſe nec perlegiſſe contendit, id regulariter probare debeat.* Scriptura enim regulariter *contra ſcribentem* dicitur probare; *l. Publia Meuia 26. §. vlt. D. depoſ.* modo ſua requiſita habeat, nec de falſo ſuſpecta reddi poſſit, quod facilius hoc caſu contingere poteſt: quo reſpexiſſe videtur SCAEVOLA in *l. Imperatores 29. pr. D. de probat.* vbi addit, epiſtolas quidem probare, *modo de fide earum conſtet.* At de earum fide non conſtat, vbi perlectio et prælectio ceſſat. NICOLAVS DE PASSER. *tr. de priuat. Script. lib. 1. qu. 3. n. 129. ſeqq.* hic in alia omnia ire videtur; dum aſſerit, talem ſcripturam plene contra ſcribentem probare, *etiamſi* vt *n. 105.* addit, *ſubſcripſerit non lecto eius tenore*, ex illa ratione, *quod conqueri minime poſſit, quod ſubſcripſerit ſcripturam ignoranter, et neſciens quæ in ipſa continebantur. Cum enim illi ſe ſubſcripſerit, præſumtio eſt, quod habuerit notitiam contentorum in dicta ſcriptura et quod omnia illa intellexerit et illis conſenſerit.* Sed ad hæc facilis eſt reſponſio, tum ex eis quæ *c. II. in f.* expoſuimus, tum ex ipſa eius ratione. Concedo, eſſe præſumtionem, quod intellexerit; inde tamen non ſtatim conficitur plena probatio, ſed potius hæc præſumtio admittit probationem contrariam. Immo dum *n. 124.* etiam in ſcriptura tali requirit recognitionem, ceſſat

Defectus prælectionis probandus, in ſcripturis ad eſſentiam contractus non pertinentibus.

fat eo magis ille effectus, cum recognoſci non poſſit. Conf. MENOCH. *de præſumt. lib. 3. præſ. 66.* vbi fuſius hac de re agit.

Aeque ac in ſcripturis, ad eius eſſentiam pertinentibus.

§. VIII. Denique Regula noua in illis ſcripturis, quæ *ſubſtantiam negotii* ingrediuntur, conſtrui nequit, ob generalem præſumtionem, quæ pro omni inſtrumento eſt, maxime vbi per Notarium inſtrumentum confectum ſit, ſicuti *in l. 17. C. de Fid. Inſtrum.* Pro Notarii fide enim præſumitur, quod ſuo officio bene fuerit functus. Videtur huc commode referri poſſe *l. ab ea parte 5. D. de probat.* vbi ei iniungitur probatio, qui negat emancipationem eſſe recte, (h. e. ſecundum ſuas ſolemnitates) factam, vt adeo in dubio ſit præſumtio ſolemnitates omnes fuiſſe adhibitas. Conf. EBERHARD. *de Fid. Inſtrum. c. 2. §. ſeqq.*

Concluſio.

§. IX. Plura addere deſiſto; quamuis plura addi potuiſſent. Concluſionum enim ſeries longa ſemper eſt, quam tamen æquus L. facilius ex principiis, fundamenti loco poſitis, nectere et colligere haud difficulter poteſt, pluresque notare et taxare errores, quam qui hic tangi potuerunt. Concludo ergo, commendans tamen antea *l. 24. D. de LL. inciuile eſſe, niſi tota lege perſpecta et lecta velle indicare.*

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO XXX.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XIV.

DE

INTERPRETATIONE FACIENDA ADVERSVS EVM, QVI CLARIVS LOQVI DEBVISSET

AD

ILLVSTRANDAM L. 39. D. DE PACTIS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Multos neſcire quid ſit Iuriſprudentia.* II. *Doctrina interpretandi a veteribus ICtis ex Corpore Iuris petita.* III. *Sicut et ius Naturæ.* IV. *Ambiguitas veterum ICtorum in doctrina interpretationis.* V. *Reſtauratio huius doctrinæ.* VI. *Non recte doctrina interpretandi ex iure Romano petitur.* VII. *Regula: quod interpretatio ſit facienda contra venditorem et locatorem, vt et ſtipulatorem.* VIII. *Dubia contra hanc regulam ita intellectam prout iacet.* IX. *et* X. *Poſtea regula rectius efformata a ICtis.* XI. *Methodus dicendorum.* XII. *Regula locum habet in ambiguis et obſcuris orationibus.* XIII. *Quænam obſcuritas hic intelligatur.* XIV. *Ambiguitas quotuplex.* XV. *Regula hæc locum habet, quoties aliæ communes deficiunt.* XVI. *Regula tantum locum habet in conuentionibus,* XVII. *Non in iudicio.* XVIII. *Nec vltimis voluntatibus.* XIX. *Quis ſit ille, qui clarius loqui debuiſſet, vbi ſimul refutatur Mantica.* XX. *Ille clarius loqui debuit, qui ſingularem in contrahendo quærit vtilitatem, quod exemplo ſtipulationis declaratur.* XXI. *Explicatur l. 41. pr. D. de V. Obl.* XXII. *Applicatur fundamentum ad donationem.* XXIII. *Quomodo in contractibus bilateralibus regula intelligatur, vbi ſimul exemplis hoc declaratur.* XXIV. *Si apparet contrahentes re vera diſſenſiſſe, non*

 ſit

ſit interpretatio ſecundum naturam contractus. XXV. In contract. mut: interpretatio ſit contra eum, qui ſingularem intendit vtilitatem. XXVI. Cur vt plurimum leges loquantur de venditore et locatore. XXVII. Iudicium de vulgatis brocardicis et in primis de L. 3. ff. de Conſtit. Princ. XXVIII. Explicatur l. 34. ff. de Contr. E. V. XXIX. Reiicitur explicatio Bachouii. XXX. Explicatur l. 13. qui pot. in pign. XXXI. Illotis manibus interpretationem iuris Romani aggrediendam non eſſe oſtenditur. XXXII. Speciales caſus ſubiunguntur ex ICtis noſtræ ætatis, addita epicriſi §. XXXIII. et ſequ.

§. I.

Vera iuriſprudentiæ notio a multis ignoratur.

Quid ſit Iuriſprudentia, plerique ſe ſcire opinantur; verum quid ſit τὸ *ſcire*, paucos intelligere experientia paſſim docet. Scilicet non raro ita quædam addiſcuntur, (quod a ſcholis triuialibus annon originem ducat alii iudicent) vt verba ſaltim tenere diſcamus, *vim* autem ac *poteſtatem* ipſius rei intellectui diſtincte inſinuare negligamus. Nemo tam hoſpes in iure, qui non definitionem Iuriſprudentiæ ex Inſtitutionibus ſuis poſſit recitare: aſt vbi penitius neruum definitionis tetigeris, non raro hic aquam hærere deprehendes. Meo quidem iudicio defectus huius cauſſa eſt, quod ſecundum principia ſapientiæ falſæ a primis annis hi, qui litteris interioribus operam dant, memoriam infinitis rebus onerare cogantur, et contra a meditando re vera abducantur, cum tamen veræ eruditionis leges meditationem expoſtulent.

Omnis interpretatio olim ex legibus petita.

§. II. Iuriſprudentis officium vel binis circumſcribi poteſt verbis, quod conſiſtat in *interpretatione* et *applicatione* iurium. Aſt quot verba, tot ſcopuli. Vt nihil iam dicam de *applicatione*, ſola interpretatio tot fluctus hactenus peperit, vt ſi quis principia huius doctrinæ ex ingentibus Doctorum volumi-

Digitized by Google

minibus petere vellet, iter incertum et periculoſum ingredi deberet. Deprehendebant quippe veteres ICti, doctrinam hanc ICto omnino neceſſariam eſſe, et iura ſine huius ſubſidio intelligi non poſſe: verum fontem huius doctrinæ aliunde petebant et ſic fluctuantes fruſtra ad vera principia peruenire poterant. Plerique enim, manus ad ſcribendum admouentes, deſtituti erant veris principiis philoſophiæ rationalis, quippe quæ nec in vulgaribus compendiis Logicis deprehendebantur: et ſic ad Iuſtinianum ſuum reuerſi ex *legibus ipſis* artem et regulas interpretandi eruere ſtudebant, cum tamen non ita illotis manibus ad Leges accedere debuiſſent. Accedebat, quod omnis ſapientiæ theſaurus latere in iure Romano credebatur, vt ſic ICto turpe duceretur aliunde artem interpretandi petere.

§. III. Fuere fere eadem fata *Iuris Naturæ*. Putarunt enim haud pauci, hoc ipſum non aliunde hauriendum eſſe, quam ex Iure Romano, cum illud ibi largiſſime deprehendatur. Inde tanta confuſio doctrinarum iuris Ciuilis et Naturæ orta, vt hi, qui ex Moraliſtis iuris naturæ prudentiam ſcribere volebant, nihil aliud fere exhiberent, quam *Legum Romanarum* enucleationem, quamuis ineptam et inutilibus tricis pleniſſimam, quod ingentia illa ſcholaſticorum monumenta luculenter teſtantur. Cum enim ſubſidiis veræ eruditionis deſtituerentur, duce quodam opus habebant, quem præeuntem ſequerentur inſtar cœcorum.

Ius naturæ quoque olim ex I. Rom. explicatum.

§. IV. Sicuti ergo illi iuris naturæ Doctores, vel quaſi, obruebant lectores infinitis, confuſis, male cohærentibus et alienis regulis: ita et qui artem interpretandi iura concinnabant, ex ſingulis legibus fere nouas conſtruebant regulas et numerum adeo adaugebant, vt poſitis hiſce manuductionibus vulgatum illud

Labor veterum ICtorum in regulis interpretandi formandis.

illud non abs re diceretur: In ICto requiri *ferreum caput*, quo tam vaſtiſſima volumina memoriæ tradere; *auream crumenam*, quo ſibi tot tantaque luminaria iuris comparare et *plumbeum podicem*, ad deſignandam patientiam in euoluendis et perlegendis eiuſmodi Heroibus. Notus adhuc hodie et fere in omnium Practicorum manibus eſt *Pater Practicantium* Cardinalis MANTICA, qui operibus vaſtiſſimis interpretationis doctrinam complexus tum in tr. *de Tacit. et ambiguis conuent.* tum etiam *de coniect. vltim. volunt.* et ſic in ſingulis materiis iuris aliam interpretandi viam eligi debere credidit. Simile argumentum tractauit SIMON DE PRAETIS, quem etiam plerumque in hac materia tanquam ducem ſequi ſolent. Vnde et adhuc hodie regulæ paſſim audiuntur: aliter pacta, aliter vltimas voluntates eſſe interpretandas. Celebrantur quoque in hac arte vulgo commentatores ad *tit. D. de V. S. et R. I.* quo in ſpecie pertinet ALCIATI tractatus de *Verb. Significat.* qui tamen re vera nil niſi doctrinam interpretationis continet. Alios præterea laudare ſolent in hac materia vt STEPHANVM DE PHEDERICIS, CONSTANTINVM ROGERIVM, ALBERICVM GENTILEM, aliosque quorum catalogum hic recenſere otioſum duco.

Reſtauratio huius doctrinæ.

§. V. Cum vero GROTIVS Iuris Naturæ doctrinam emendare ſuſcepiſſet, ſimul aggreſſus eſt doctrinam *de interpretatione*; illamque ad certas concinnas et pauciores regulas deducere conatus eſt. Quem præeuntem ſubſecuti poſtea ſunt alii, in primis PVFENDORFFIVS et THOMASIVS tum in *Iuriſpr. Diuina*, tum in primis in der Vernunfft-Lehre parte ſecunda, vbi mira concinnitate hanc doctrinam paucis regulis abſoluit, vt iam non amplius ferreo capite hic quidem indigeamus. Aggreſſi quidem adhuc ſunt plures hunc laborem vt IOHAN. A FELDE,

VIN-

Digitized by Google

VINCENTIVS PLACCIVS, EICHELIVS aliique: Sed et hi multitudine ſua nos obruunt, et pleriſque hactenus adoratis regulis tenaciter inhærent.

§. VI. Quamuis itaque hæc doctrina hodie ſatis reſtaurata prædicari poſſit, dolendum tamen, quod communiter fere hæc principia negligantur et ſpernantur, vulgatæ autem illæ, quas ſe ex *iure Romano* hauſiſſe gloriantur, vbique adhibeantur, quæ tamen vel concluſiones ex illis principiis ſunt, vel male ob defectum verorum principiorum interpretandi explicantur et applicantur. Maneat ſuus honos iuri noſtro: aſt qui doctrinam interpretandi inde vnice petere ſtudet, næ peruerſe omnia agit, et veros fontes deſerit. Leges determinant actiones ciuium, iisque agenda præſcribunt: quæ autem ſunt opus iudicii et intellectus, ibi ceſſat legum officium et philoſophiæ hoc vnice adſcribi debet. Aliunde ergo hæc doctrina petenda et ad Iuriſprudentiæ ſtudium afferenda.

Vnde principia interpretationis petenda ſint?

§. VII. Qui itaque vbique legibus circumuallati incedunt, in primis, vbi de interpretatione pactorum agendum eſt, formare ſolent regulam ex *l. veteribus 39. D. de pact.* vbi dicitur: *Veteribus placet, pactionem obſcuram vel ambiguam venditori, et qui locauit nocere, in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere.* Ex qua lege inferunt: Ergo interpretatione in pactione ambigua facienda eſt contra *venditorem et locatorem.* Cur autem contra venditorem et locatorem? Rationem in promtu habent: quia venditoris eſt et locatoris legem contractui conſcribere, non emtoris et conductoris. ANTON. FABER *in Ration. ad cit. l.* Simplicius adhuc videtur incedere Gloſſa, vbi ait: quia veteribus placet, vt dicitur in lege, *ergo et nobis debet placere.* Stet ſcilicet pro ratione Veterum voluntas vel po-

De regula: quod interpretatio facienda contra venditorem et ſtipulatorem.

tius auctoritas, quod etiam tanquam notabile alibi obſeruat BALD. *in l. vlt. C. de Edict. D. Adr. toll.* Nec videtur amplius de hac propoſitione dubitandum, poſtquam et aliis textibus idem inculcatur: Sic *l. 172. D. de R. I.* dicitur: *In contrahenda venditione pactum contra venditorem interpretandum eſt.* Et Paullus in *l. 21. D. de Contrah. Emt. V.* ſat aperte idem probat: LABEO *ſcripſit*, inquiens, *obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emtori, quia potuit re integra apertius dicere.* Et POMPONIVS in *l. 33. eod. Si non apparent, quid acti ſit, tunc id accipitur, quod venditori nocet.* Locatori et venditori porro adiungunt *ſtipulatorem*, quod et hic clarius loqui debuiſſet, et ſic contra illum facienda ſit interpretatio. Nam dicitur in *l. 26. D. de reb. dub. cum quæritur in ſtipulatione, quid acti ſit, ambiguitas contra ſtipulatorem eſt* et in *l. ſtipulatio 38. §. 18. de V. Obl.* idem repetitur: *In ſtipulationibus cum quæritur quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda.* Addit huius deciſionis CELSVS rationem in *L. Quidquid. 99. D. eod. quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere.*

Dubia aduerſus hanc regulam.

§. VIII. Iam vero qui ſemper verba clara legis clamant nec vim et poteſtatem eius intuentur, videant, quibus ſe inuoluant dubiis. Primo enim quæro, cur præciſe interpretatio facienda contra venditorem et locatorem? cur non potius contra emtorem et conductorem, nam et hi plerumque legem contractus conſcribunt, et ſic apertius loqui debuiſſent? Num enim præciſe in illorum poteſtate eſt legem apertius conſcribere? Vtrique enim videtur idem imputari poſſe. Vnde et GRÖNVVEGEN *ad l. 39. d. pact.* ſeductus ex male intellecta lege putat, hanc legem eſſe abrogandam, quia in vtriuſque partis

tis poteſtate poſitum ſit, legem apertius dicere. Num vero gloſſam ſequamur, quæ auctoritatem veterum hic pro ratione aſſumit, *quia ſcil. ita veteribus placuit?* Nata videtur hæc ratio in aſylo ignorantiæ. Hinc ineptientem Gloſſam hic non adoremus, quod quidem per ſeculi libertatem omnino licitum eſt. Re vera enim legem hanc non intellexit, quod patet ex caſu, quem pro declaratione huic legi ſubiecit: *Vendi tibi,* inquit, *equum et dixi ſic: vendo tibi equum, qui eſt ſine vitio et morbo, excepto, quod non aſcendit arborem: non autem aſcendebat pontem ligneum. Vnde credebam, quod eſſem excuſatus, vt non tenerer. Tamen non ſum excuſatus. Vnde fit interpretatio contra me, cum potui apertius hoc dicere.* Riſum teneatis amici. ICtus euidenter agit de obſcura et ambigua pactione,* quæ poteſt ſana ratione in vtramque intelligi partem. Gloſſa exemplum interpretationis cauillatoriæ et doloſæ ſubſtituit, de qua tamen nullum verbum in lege, vt ulla dubitatio: cauillatoria enim interpretatio ſtatim in oculos incurrit et ſemper reiicitur, de qua plura exempla occurrunt apud GROTIVM *de I. B. et P. lib. 2. c. 16. §. 2. et 6.* et THOMAS. *in Iuriſp. diu. l. 2. c. 12.* PVFENDORFFIVM *de I. N. et G. lib. 5. c. 12.* Illam ergo minime hic tangimus. Eiuſdem farinæ eſt exemplum, quod affert GRYPHI. *in œconom. leg. l. 1. c. 24. num. 215.* de venditore equi cœci, dicente: klare Augen non equi, ſed emtori oculos, intelligente. Certe ſi ita lex intelligenda foret, totam doctrinam de *reſeruationibus mentalibus* hic adducere in ſubſidium poſſemus. Aſſumamus ergo caſum ex ipſis legibus: Vendidit quis fundum. Emtor vero in emtione dixit, *accedere Stichum ſeruum.* Cum vero venditor plures ſeruos eiuſdem nominis haberet, et ſic ambiguum eſſet, quis ex pluribus accedere deberet, cum de

alio emtor de alio venditor ſenſerit, hic iam quæſtio oritur: contra quem interpretatio facienda? Si vulgatis Regulis inhærere velimus, dicendum contra venditorem, quia veteribus ita placuit. At non placuit ita veteribus. PAVLVS enim et LABEO contra emtorem aiunt hic interpretationem faciendam in *L. 34. pr. D. de Contrah. Emt. V.* Siccine ergo PAVLVS in *l. 21. eod.* ſibi contradicit, aut oblitus eſt regulæ generalis, ibi a ſe traditæ? CVIACIVS quidem vt hanc contradictionem tollat, *1. Obſ. 10.* alibique corrigit textum, et putat legendum eſſe, *quem emtor intellexerit.* Aſt talis conciliatio nimis violenta eſt, et ipſi textus rationi et intentioni PAVLI repugnat, vt inferius docebitur. Recte proinde reprehendit hanc emendationem FORNERIVS *2. ſelect. 18.* et BACHOV. *ad Treutl. V. 1. diſp. 6. th. vlt. lit. b.* Nihilominus tamen videtur Cuiacii ſententiam approbare, DION. GOTHOFRED. *in not. ad cit. l. 34. lit. g.* putans, haud dubie hic emtoris eſſe electionem ob verba textus, cui tamen infra ſatisfaciemus. Videtur idem PAVLVS in *l. 13. qui pot. in pign.* aliam deciſionem Regulis ſupra poſitis contrariam formaſſe, vbi cum nihil in caſu ibi propoſito aperte dictum eſſet, contra emtorem facit interpretationem, quod et agnoſcunt interpretes, dum aiunt fieri hic interpretationem pro venditore contra *l. 39. de pact.* vid. GOTHOFR. in not. ad *c. l. 13. lit. n.*

Dubia de eadem regula, ad ſtipulatorem applicata.

§. IX. Sed nec quod de *Stipulatore* aſſerunt, caret dubio. Nam et VLPIAN. qui *in l. 38. §. 18. de V. Obl.* generalem de ſtipulatore tradiderat regulam, videtur in *l. Eum qui Kalendis 41. pr. eod.* contrariam deciſionem inde efformaſſe in caſu, quando quis Kalendis Ianuariis ſtipulatus eſt, nec addidit quibus Ianuariis? Primo enim dicit ſpectandum eſſe, quid inter eos

eos acti ſit. Si autem hoc non appareat, dicendum eſſe, primas Kalendas Ianuarias ſpectandas: at vero ita in fauorem ſtipulatoris fit interpretatio. Vt huic dubio Gloſſa *ad l. 39. D. de pact.* occurrat, putat hoc ideo a ICto eſſe ita deciſum, *quia alias ſtipulatio inutilis redderetur, ſi de vltimis Kalendis mundi intelligeretur.* At ita regula iſta non eſt vniuerſalis. Et quis vnquam ita cauillatorie hanc ſtipulationem interpretabitur, vt de vltimis mundi Kalendis intelligenda ſit? Apparet ergo rationem harum legum §. VII. recenſitarum aliunde eſſe petendam. Accedit quod in Prætoriis ſtipulationibus, ſi ambiguus ſermo acciderit, Prætoris ſit interpretatio, ſecundum *L. 9. D. de ſtipul. Præt.* Cur vero et hic non ſit interpretatio contra ſtipulatorem. Ac denique ipſe CELSVS in *L. 99. D. de V. obl.* non adſtipulatur generalitati regulæ, quod interpretatio ſit facienda contra ſtipulatorem, ſed caute dicit: *FERE ſecundum promiſſorem interpretamur.* Quod vt vlterius declaret, notanter ſubiicit: *Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi eius intererit de certis potius vaſis forte aut hominibus actum.* Quæ verba indicant, aliquando contra promiſſorem eſſe faciendam interpretationem. Declarat hoc exemplo POMPONIVS *in l. ſi mihi 110. in f. D. eod. ſi ſtipulatus fuero de Te: Veſtem tuam, quæcunque muliebris eſt, dare ſpondes?* quærebatur, quomodo hic interpretatio facienda? et reſpondet ICtus: Magis ad mentem ſtipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debere, non quid ſenſerit promiſſor. Num igitur ſemper contra ſtipulatorem facienda interpretatio?

§. X. In tantas difficultates ſe coniiciunt, qui abſque vlteriori examine et indagatione cœco pruritu verbis legum inhærent, et ita tamen reapſe leges deſerunt, dum vim et poteſta- *Emendatio eius a ICtis facta.*

 tem

Digitized by Google

tem non inquirunt, in qua tamen anima legis conſiſtit. Cum itaque ICti viderint, regulas has ita prout in noſtro iure iacent, generaliter intelligi et applicari non poſſe, efformarunt inde ſequentem certe aptiorem: *Interpretatio in pactione ambigua et obſcura eſt facienda contra eum, qui clarius loqui debuiſſet.* Et hactenus omnino Regula magis commode proponitur. Nam ſequitur rationem decidendi, quam ICti vbique pro fundamento agnouerunt. Sic PAPINIANVS *in L. 39. de pact.* dicit *in quorum* (ſcil. Venditoris et Locatoris:) *fuit poteſtate legem apertius conſcribere.* Et PAVL. *in L. 21. de contr. E. V. quia potuit re integra apertius dicere.* Et CELSVS *in l. 99. d. V. Obl. quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere.* Sic itaque non confugiendum hic ad auctoritatem veterum, nec præciſe ad *Venditorem, locatorem* aut *ſtipulatorem* reſpiciendum eſſe patet, ſed potius ad hanc rationem decidendi: quæ ſumma nititur æquitate, quam ita ANTON. FAB. *in rational. ad D. ad L. cit. 39. de pact.* his exponit verbis: *Illud ſane in iure noſtro perpetuum eſt, nunquam fauendum eſſet ei, cui aliquid poteſt imputari, quia, vt eſt in Iuris Regula, quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, ſentire non videtur L. quod quis 203. de R. I. Imputari autem poteſt ei, qui legem apertius dicere potuit.* Cum igitur hæc ratio ſit petita ex principiis iuris Naturæ, apparet hanc regulam non præciſe iuri Romano propriam eſſe, ſed etiam *pactis publicis* a Gentibus celebratis, quas tamen nulla iuris Romani tenet communio, applicari poſſe, vt hinc huius regulæ vſus etiam in priuatis negotiis foret, licet ius Romanum illam plane omiſiſſet. Secundum principia ergo iuris Naturæ, vnde deducta eſt, hanc regulam explicare et Leges Romanas inde interpretari conuenit.

§. XI.

Digitized by Google

§. XI. Quæ cum ita ſint, videndum iam erit I) quando hæc regula locum habere poſſit? II) quibus in materiis iuris? III) quis ſit ille, qui clarius loqui debuiſſet? IV) quare Leges in primis hic reſpexerint ad venditorem, locatorem et ſtipulatorem? V) An re vera diſſenſus inter ICtos veteres hic deprehendatur? et VI) quomodo hæc regula ad caſus ſpeciales ſane applicari poſſit? quæ membra methodum iam dicendorum ſuppeditabunt. *Argumenta huius tractationis.*

§. XII. Ad primum membrum, *quando videlicet hæc regula locum habere poſſit*, reſpondent leges §. 7. citatæ duplici ratione: a) quando ſermo eſt de pacto *ambiguo et obſcuro. l. veteribus 39. D. de pact.* Obſcurum autem pactum rurſus duplici ſenſu dici poteſt, prout *obſcuritas* eſt vel *explicabilis* vel *inexplicabilis*. Hæc eſt, quæ nullo modo intelligi poteſt et ſic omne boni interpretis officium hic ceſſit. Illa vero, quæ certum et perſpicuum ſenſum nullum habeat, leges tamen bonæ interpretationis omnis non reſpuit. CVIAC. *ad rubr. D. de Reb. dub.* Hic ſtatim Doctores in diuerſa abeunt, vtrum vtraque acceptio ad hanc Regulam applicari poſſit nec ne? De poſteriori non dubitandum: Sed de priori ſeu obſcuritate inexplicabili grauius occurrit dubium. Equidem GOTHOFRED. in *not. ad L. 39. de pact. lit. s.* non alienus videtur eſſe ab affirmatiua ſententia, dum pactum obſcurum explicat, *quod nullo modo intelligi poteſt*, quocum etiam facit CVIACIVS teſte ANTON. FABRO in *Ration. ad cit. L. 39.* et WESEMB. *in Paratitl. ad tit. de pact. n. 10. in f.* eodem modo pactionem obſcuram cum GOTHOFREDO explicans. Apparet hoc porro ex differentia, quam ſuppeditare ſolent inter ambiguum et obſcurum. Ita enim GOTHOFR. *cit. l. lit. r. In ambiguo: Vtrum dictum, in obſcuro quid dictum ſit,* *Hæc regula verba obſcura deſiderat.*

ſit, quæritur. Reiicit hanc ſententiam ANTON. FABER in *Ration. ad cit. l. 39.* et quidem ex hoc ſat prægnanti fundamento, quod obſcurum inexplicabile pro non ſcripto potius habeatur, ita vt ex eo contractus totus inutilis reddatur; quamuis *L. 16. de Condit. Inſtit.* ab ipſo hunc in finem allegata hoc minime inferat, quam vulgo de *perplexa conditione* accipiunt, quæ tamen ita perplexa non eſt, vt intelligi, quicquid etiam ICtus ſentiat, non poſſit. vid. THOMAS. *Iuriſprud. Diu. lib. 2. c. 12. n. 182.* Fundamentum vero huius ſententiæ rectius deſumi poſſet ex eo, quod in obſcuris inexplicabilibus omnes regulæ boni interpretationis ceſſent, adeoque et hæc, quam leges nobis ſuppeditant. Vid. THOMAS. *in Iuriſpr. Diu. l. 2. c. vlt. num. 177.* Tale obſcurum eſſet, ſi in inſtrumento antiquo voces reperirentur plane non intelligibiles, quæ tamen rei neruum tangerent, item ſi non legibiles, prout hoc deduxi *in Diſp. de Script. non legibil.* Quomodo enim hoc in caſu dicere poſſem, interpretationem eſſe contra eum faciendam, qui clarius loqui debuiſſet, cum nihil exinde intelligi, nec vllus ſanus ſenſus inferri poſſit? Conf. CVIAC. *in Comment. ad L. 14. d. leg. 1. lit. c.*

An ambigua hoc loco ſecernenda ab obſcuris?

§. XIII. Intelligimus proinde hic talem pactionem, quæ quidem quodammodo obſcura eſt, ſed adhuc ſenſum et explicationem recipit. Videtur hoc ipſum indigitare voluiſſe ICtus in *l. 39. de pact.* dum dicit *Pactionem obſcuram vel ambiguam*, vt ita poſterior vox explicet priorem, et talis hic intelligatur obſcuritas, quæ ambiguum admittit ſenſum et hoc vel illo modo intelligi poteſt, prout bene animaduertit Cardin. MANTIC. *in Lucubrat. Vatic. de tacit. et ambig. conuent. lib. 1. tit. 15. n. 13.* Quamuis ergo ſubtilis quædam diſtinctio excogitari poſſit inter pactio-

Digitized by Google

pactionem ambiguam et obſcuram, quoad hanc talem regulam συνωνύμως hæc accipienda eſſe apparet. Nam et alias in iure obſcurum ſæpe dicitur ambiguum, vt apparet ex *l. ſi fuerit legatum 10. in fin. D. d. reb. dub.* et quin omne ambiguum recte quoque obſcurum dici poſſit, ipſi diſſentientes fatentur vid. GOTHOFR. *in not. ad l. 39. de pact. lit. t.* Apparet hoc quoque ex exemplo, quod adducit Id. *ad l. 21. de Contrah. Emt. vend. lit. y.* Vendidi, inquit, alicui agrum duodecim libris et dixi, me tribus annis huiuſmodi quantitatem recipere velle. Completo igitur anno petebam IV. libras. Ille reſpondit, ſe quatuor annis totum ſoluturum. Quoniam ergo non perſpicue dixi in venditione, quomodo accipere debuerim, mihimet nocui. Hic certe pactum tam obſcurum quam ambiguum dici poteſt.

§. XIV. Eſt vero ambiguitas ſecundum MANTICAM *cit. l. n. 15.* triplex, alia *iuris*, alia *facti*, alia *perſonæ*. De *iuris ambiguitate* hic non ſumus ſolliciti, ſed ibi aliæ regulæ applicandæ vid. *l. 10. 12. 13. D. de LL. Facti* vero ambiguitas hic in primis conſideranda, quia de pactione ambigua, quæ factum continet, hic ſermo eſt, et hoc intuitu ambiguitatem perſonæ ſub facta comprehendere poſſumus, quando in pacto oritur dubium circa perſonam. ***Ambiguitas quotuplex?***

§. XV. Deinde (*b*) ad quæſtionem membri primi et hoc adnotant leges, tunc demum huic regulæ ſtandum eſſe, *quoties regulæ communes interpretandi aliæ deficiunt, nec appareat, quid inter contrahentes actum ſit.* Obſeruauit id accurate POMPONIVS in *L. 33. D. de Contrah. E. V.* in exemplo deſumto ex pacto hoc venditioni adiecto: *flumina ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint.* Dubium oriebatur, quomodo hoc eſſet intelligendum? Reſpondet ICtus; primum ſpectari oportere *quid acti ſit* (quod ***Hæc regula tantum obtinet, aliis deficientibus.***

ex communibus regulis interpretandi iudicandum) *ſi id non appareat, tunc id accipi, quod venditori nocet*, conf. *l. 3. D. de Reb. cred. l. Nepos 125. D. de V. S.* Clarius rem exprimit VLPIAN. *in l. 34. D. de R. I.* vbi in ſtipulationum et ceterorum contractuum interpretatione hunc ordinem obſeruandum eſſe docet; vt ſequamur 1] quod actum eſt. 2] Si hoc non liquido appareat, quod in ea regione, in qua actum eſt, frequentatur v. c. ſi de florenis dictum ſit, et dubitetur, de quibus, an de Miſnicis an Hollandicis, an aliis, regio, in qua contractus celebratus, deciſionem dabit. 3) Si nec regionis mos appareat, quia varius fuit et incertus, ad id redigendam eſſe ſummam, dicit ICtus, quod minimum eſt, quod et in *l. 9. D. eod.* itidem et generaliter quidem aſſerit, *Semper*, inquiens, *in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur*. Ceterum et PAVLVS, qui alias ad noſtram prouocare ſolet regulam, non diffitetur, communes præcedere debere. *Ita obſcuris*, inquit *in l. 114. de R. I. inſpici ſolet, quod vereſimilius eſt, aut quod plerumque fieri ſolet.* conf. *c. inſpicimus 45. de R. I. in 6.* vel vt dicitur in *l. 56. eod.* quod benignius eſt conf. MANTICA in *tr. de tacit. et ambig. conuent. Lib. 2. tit. 4. n. 104.* Vnde nec repugnat, quando IVLIANVS *in L. 67. D. eod.* dicit, *quoties idem ſermo duas ſententias exprimit*, (*h. e.* quoties ambiguitas occurrit) *ea potiſſimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior eſt.* Communis enim interpretandi Regula eſt, quod interpretatio ſit adornanda ſecundum ſubſtratam materiam, id quod IVLIANVS in lege allegata innuit. Simili modo et quod VLPIANVS in *L. 80. de V. Obl.* aſſerit, regulam noſtram non euertit ſcil. *quotiens in ſtipulationibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſt id accipi quo res, de qua agitur, in tuto ſit.* Eodem modo et PAVLVS in *l. 172. D. de*

[illegible] præmittit quidem regulam noſtram, quod ſcil. in contrahenda venditione pactum contra venditorem ſit interpretandum. Sed mox ſubiicit communem: *Ambigua autem intentio ita accipienda eſt, vt res ſalua actori ſit.* Liceat rem declarare vnico exemplo: Scriptum erat in lege locationis: *redemtor ſyluam ne cædito, neue cingito, neque quem cingere cædere vrere ſinito.* Accidebat, vt redemtor aliquem earum rerum quid facere videret, nec prohiberet, quærebatur, an eo nomine teneretur? Neruus controuerſiæ huc redibat, an ad hoc ipſum ex pacto obligatus eſſet? Ambiguum enim, vel ipſo notante ALFENO in *l. 24. D. locat.* hoc pactum eſt, cum verbum *ſinendi* duplicem admittat ſignificatum 1] prohibere præſens facientem. 2] Syluam ita cuſtodire, ne quis talia facere poſſit. Num ergo hic ſtatim ad noſtram regulam conuolandum eſt? Sine dubio enim ſic interpretatio facienda foret contra locatorem, qui apertius rem exprimere debuiſſet. Sed non ita ALFENVS. Inquirit primum ex rationabilibus fundamentis, quid inter contrahentes actum ſit, et ex communibus Regulis bonæ interpretationis concludit, *locatorem potius id videri voluiſſe, vt redemtor non ſolum, ſi quem caſu vidiſſet ſyluam cædere prohiberet, ſed vti curaret et daret operam, ne quis cæderet.* conf. STRVV. *Ex. 6. th. 52.*

§. XVI. Huic primæ quæſtioni ſuccedit ſecunda II) quibus in materiis iuris locum hæc Regula habeat, an indiſtincte in omnibus, an vero tantum in certis materiis? Si quæ hactenus dicta ſunt, accuratius conſiderentur, apparet, ſermonem hactenus tantum fuiſſe de *conuentionibus* ambiguis et obſcuris, non de aliis. Quæritur proinde, an non etiam hæc Regula applicari poſſit ad illa, quæ in iudicio ſunt ab vno litigantium prolata? *Tantum obtinet in conuentionibus.*

lata? Equidem Dd. non raro argumentum a contractibus ad iudicia formare ſolent ceu putet ex EVERHARD. a MIDDELB. *loc. top. a Contr. ad iudic.* Immo et inter veteres ICtos hic diſſenſum fuiſſe apparet *ex l. inter ſtipulantem 83. §. 1. d. V. Obl.* vbi ARISTO argumentum a contractibus ad iudicia admittebat, refutatus tamen ibidem a PAVLO. Docet enim, eſſe diuerſitatem rationis inter contractus et iudicia. Si in ſtipulatione diſſenſus occurrat inter contrahentes, veluti quod ſtipulator de alio Sticho ſenſerit, et promiſſor de alio, nihil actum erit, ex notiſſima regula iuris, quod ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu valeat, quo deficiente, ſtipulatio vitiatur. Inter litigantes autem non adeſt conſenſus vtrobique de iudicio ſuſcipiendo, cum plerumque iudicium in inuitum reddatur et hinc *rei* in iure noſtro dicantur *fugientes*, quod fugiant iudicia. Ponamus ergo caſum: Alfenus vindicat Stichum a Caio. Hic cum obtingeret in iudicio, et Caius condemnaretur Stichum ei reſtituere, accipit a Caio Stichum ſed alium, quam de qua controuerſiam mouerat Alfenus; quæſtio noua oriebatur, quis Stichus eſſet reſtituendus, num is, de quo actor, an de quo reus ſenſiſſet? Si ex noſtra regula argumentari liceret, dici poſſet, actori imputari potuiſſe, quod non fuerit locutus apertius, adeoque contra eum faciendam interpretationem. Paullus tamen inde argumentari non poſſe liquido oſtendit, dum aſſerit, actori hic potius credendum eſſe, vt is Stichus petitus videatur, de quo actor ſenſerit: *alioquin* addit, *ſemper negabit reus ſe conſenſiſſe.* Idem et CELSVS, notante VLPIANO in *l. ſolemus 61. D. de Iudic.* aſſerit, periculoſum eſſe exiſtimans ex perſona rei metiri, de quo actum ſit inter litigantes, ob rationem: *quod ſemper reus, ne condemnetur hoc dicet, non conueniſſe.* Immo

vl-

Digitized by Google

VLPIANVS in *L. 66. D. eod.* plane in iudiciis contrariam huic noſtræ affert regulam, *ſi quis*, inquiens, *ambigua intentione vel oratione vſus ſit, id quod vtilius ei* [qui dixit, ſiue actori, huius enim eſt intentio, non rei, niſi quando excipiendo actor fieri dicitur] *eſt, accipiendum eſt.* Qui enim profert aliquod in iudicio ſemper in ſui fauorem protuliſſe videtur BRVNNEM. *ad cit. L. 66. n. 5.*

§. XVII. Inde liquido apparet noſtræ regulæ in iudiciis non eſſe vſum, ſed tantum in conuentionibus. Rationem diuerſitatis in §. *præcedenti* iam quodammodo ex ipſis legibus vidimus, eamque vlterius declarat ANTON. FABER. *in Ration. ad L. 39. de pact.* his verbis: *Aliud eſt loqui de eo, quod vnus tantum contrahentium aut litigantium dixerit, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium. Aliud vero de eo, quod a pluribus conuentum ſit. Priore namque caſu nemini ſit iniuria, cum verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Poſteriori autem caſu fieret iniuria ei, cui pactum commune eſt.* conf. BARBOS. *ad l. 66. n. 3.* vbi itidem aſſerit, ideo aliud eſſe in contractibus, quod a duorum voluntate dependeant. Verum hæ rationes diuerſitatis non adeo apertæ ſunt, ſed infra demum declarandæ, vbi inquirendum erit, quis dicatur ille, qui clarius loqui debuiſſet. ***Non in iudicio.***

§. XVIII. Multo minus applicari poteſt ad vltimas voluntates. Hæ enim ſemper benignius ſunt interpretandæ *l. 24. D. de reb. dub.* et vt magis teſtamentum valeat quam pereat. *l. 12. eod.* Nam et hic agitur de vnius *teſtatoris* voluntate interpretanda, ſecus ac in conuentionibus. Et huc puto applicari poſſe regulam MAECIANI ICti in *l. 96. de R. I.* quod *in ambiguis Orationibus maxime ſententia ſpectanda eius, qui eas protuliſſet.* Eſt enim deſumta hæc regula ex *libro duodecimo fideicommiſſo-* ***Nec in vltimis voluntatibus.***

rum,

rum, vnde credibile eſt, ICtum hac regula in materia fideicommiſſorum vſum fuiſſe. Quare in explicatione verborum teſtamenti ſemper recurrendum eſt ad teſtatoris mentem *l. non aliter 69. de Leg. 3.*

Quis clarius loqui debuiſſet?

§. XIX. Quibus ita prælibatis vlterior III) diſquiſitio inſtituenda erit, *quis ſit ille, qui clarius loqui debuiſſet in conuentionibus ambiguis et obſcuris?* Per exempla venditoris, locatoris et ſtipulatoris hic reſponderi non poſſe ſupra §. 8. euictum eſt. MANTICA *in Lucubr. Vat. de tac. et ambig. conuent. lib. 2. tit 4. n. 99.* hoc exponit ita: *pactum ambiguum debet intelligi aduerſus eum, qui ex eo nititur*, quam regulam multis Dd. auctoritatibus circumuallat. Declarat autem hoc ita: vt ſi appareat, a quo verba fuerint prolata, aduerſus eum debeant intelligi: ſi non appareat, præſumantur ab eo prolata, cui prodeſſe poſſunt.. Vt adeo ambiguum pactum ſemper debeat intelligi contra eum, qui ex eo commodum velit reportare. Sed obſcurum per æque obſcurum declarat. Quilibet enim litigantium ſe fundat in pacto, et vterque verba pacti in ſui fauorem interpretatur. Actor dicit ego ita intellexi pactum, reus vero: et ego ita, veluti: Vendo Jauoleno meas ædes. Iauolenus autem ex fauore in me mihi concedit; vt poſſim excipere hypocauſtum. Poſt controuerſia oritur, de quo hypocauſto actum ſit? Cum hoc non appareat, quæritur: contra quem ſit facienda interpretatio? Ego me fundo in pacto et dico: Iauolenus mihi indefinite promiſit hypocauſtum. Ergo imputandum ei, quod non locutus ſit apertius. Iauolenus contra ſe fundat in pacto et dicit: ego tibi promiſi indefinite hypocauſtum, et mihi electionem reſeruaui, cur tu non fuiſti locutus apertius. At, regero, tu verba protuliſti et ſpontanee mihi hypocauſtum promiſiſti, ergo

Digitized by Google

ergo verba pacti contra te interpretanda. Quid ergo iuris? Certe ex huiuſmodi interpretatione nihil certi hic determinari poſſet. Dicis forſan, at Iauolenus hic vult commodum reportare ex ſua interpretatione. Ergo ſecundum MANTICAM facienda contra eum interpretatio. Idem et Iauolenus regerit. Et tu commodum ex tua interpretatione quæris, dum mihi deterioris conditionis hypocauſtum aſſignare intendis, quo ipſo lædor, quippe qui hoc intuitu tibi ædes meas vendidi, vt commodum hypocauſtum in ædibus venditis mihi reſeruarem. Vnde et ANTON. FABER. *in Ration. ad l. 39. de pact.* quidem reprobat illam ſententiam, ſed tamen nullam ſubſtituit commodiorem interpretationem.

§. XX. Relictis omnibus aliorum interpretationibus rem bene explanari poſſe autumo ſecundum ea, quæ publicis prælectionibus *ad Cod. tit. de pact.* propoſuit THOMASIVS. Subſtituam autem loco fundamenti hanc Regulam: *Ille in pactione ambigua et obſcura clarius loqui debuiſſet, qui in illa voluit ſingularem et extraordinariam quærere vtilitatem, quando ſcilicet lis eſt, de illa vtilitate, quam quærere voluit.* Quam regulam vt declarem, ſupponendum, contractus eſſe vel mutuos, vbi vterque contrahentium quærit vtilitatem, vel gratuitos, vbi alter tantum contrahentium. In gratuitis v. c. in ſtipulatione, vt plurimum vtilitatem quærit ſtipulator, hinc Leges ſupra §. VII. allegatæ generaliter dicunt, contra ſtipulatorem eſſe faciendam interpretationem *l. 38. §. 15. de V. Obl. l. 26. de reb. dub. l. 99. de V. Obl.* Dixi *vt plurimum.* Nam contingere poteſt, vt promiſſoris *ſingulariter* interſit, de certis potius rebus actum fuiſſe, quo caſu ipſi imputandum, quod cum in promiſſione ſingularem intuitus ſit vtilitatem, non locutus fuerit apertius. Et hoc liquido *Is videlicet, qui ſingularem ex contractu vtilitatem quærit?*

ex

ex dato fundamento ita explicat CELSVS in *l. quicquid 99. D. d. V. Obl.* dum ait: *Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, SI NB. EIVS INTERERIT, de certis potius vaſis forte aut hominibus actum.* Et ita ſine difficultate iam intelligi poteſt deciſio POMPONII in *l. 110. D. de V. Obl.* vbi quis ita ſtipulatus erat: *Veſtem tuam, quæcunque muliebris eſt, dare ſpondes?* Quid ſi iam promiſſor ſolitus fuerat muliebri quadam veſte vti, (quod non infrequens apud Romanos fuiſſe, teſtatur exemplo Senatoris cuiuſdam Pomponius in *l. inter veſtem 33. D. de Auro Argent. mund.*) an illa etiam debetur? reſpondet ICtus affirmatiue, quod generaliter, quæcunque muliebris eſt, veſtem promiſerit. Sed opponebat promiſſor, ſe noluiſſe illam veſtem promittere. Reſpondetur ex noſtra Regula: Cum tua intererat, hoc genus veſtimenti ſub hac generali ſtipulatione non comprehendi, cur non locutus apertius, ſtipulationemque generalem reſtrinxiſti. Ergo hic contra te faciénda interpretatio.

Explicatur L. 41. D. de V. O.

§. XXI. Ceterum non neceſſe eſt, vt regulam datam cum commentatoribus limitemus, pro ſtipulatore tunc eſſe faciendam interpretationem, ſi alias exitum res non reperiret. Formarunt ſibi hanc limitationem ex *l. 41. D. d. V. Obl.* vbi quæſtio proponebatur, quomodo interpretatio facienda, quando quis Kalendis Ianuariis ſtipulatus eſt, nec addidit, quibus Ianuariis, an primis, an ſecundis, an tertiis? Reſpondet ICtus, primas Kalendas Ianuarias ſpectandas? Cur vero primas? cum ſtipulator hic clarius loqui debuiſſet, quippe peculiarem vtilitatem reſpiciens, et ſic contra eum facienda interpretatio videtur. Mouit forſan hæc ratio communiter interpretes, vt hic limitationem ſuæ regulæ ſibi fingerent, quam et Gloſſa ſupra §. IX. citata agnoſcit, ne alias dicamus de vltimis mundi Kalendis inter-

terpretationem eſſe faciendam. Reſpexit ſine dubio Gloſſa, quam etiam retinet Colleg. I. Arg. *ad tit. cit. n. 41. ad l. quotiens 80. D. de V. Obl.* vbi ICtus ait: *quotiens in ſtipulationibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſt id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto ſit.* Sed ſi hanc rationem, quæ tamen adæquata non eſt, applicamus ad præſentem caſum, ne ſic quidem erit inter limitationes referenda. Supra enim iam prælibaui, Regulam noſtram tunc demum locum habere, quando communes et vulgares deficiunt, quæ tamen hoc in caſu ita non deficeret, ſi lex illa applicari poſſet. Verum, niſi me omnia fallunt, puto VLPIANVM cum SABINO ex alio fundamento, et quidem ex noſtra dicta regula deciſionem formaſſe. Fundamentum huius deciſionis *in* §. *1. l. cit.* ſubminiſtrat inquiens: *Ex quo apparet, dici adiectionem pro reo eſſe, non pro ſtipulatore*, ſcilicet in dubio. conf. BRVNNEM. *ad cit. l. 41.* Idem VLP. in *l. 17. D. de R. I.* hoc repetit, inquiens: *In ſtipulationibus promiſſoris gratia tempus adiicitur.* conf. *l. 50. de Obl. et Act.* Cum itaque in dubio promiſſoris gratia tempus adiiciatur, et ſic ille in adiectione diei ſingularem ſectetur vtilitatem, quid aliud ſupereſt, quam vt dicamus, promiſſorem ſibi nocere, ſi non curet, vt dilucide exprimatur tempus, quo ſoluere debeat. Cum itaque in præſenti caſu obſcure et indeterminate poſitum ſit tempus ſoluendi, nec appareat, de quibus Kalendis actum ſit, contra promiſſorem facienda interpretatio. Ex quo ſimul euidens, quam hiulca ſit ratio communis, quando aſſerunt, interpretationem eſſe faciendam contra eum, qui verba protulit. Nam hæc lex loquitur de ſtipulatore, qui Kalendis Ianuariis ſtipulatus fuerat, et ſic verba protulerat tanquam interrogans, nec tamen contra eum ſit interpretatio.

Regula applicatur ad donationem.

§. XXII. Sicuti iam regulariter contra ſtipulatorem facienda eſt interpretatio, ita idem applicandum ex eadem fundamenti dati ratione ad *donationem.* Regulariter enim et ibi donatarius ſuam quærit vtilitatem, non donans, ergo ſi ambiguitas in donatione occurrat, contra eum facienda interpretatio. Huic vero aſſertioni directo contradicit Coll. Iur. Arg. *tit. de pact. n. 84.* et ambiguitatem pacti in donatione potius ſemper nocere debere donatori ſtatuit. Verum fundamentum, quod in hac regula ſupponit, minus euidens, et inadæquatum eſt, vnde non potuit non talis emergi concluſio. Scilicet reſpiciendum eſſe putat ad eum, qui legem vel pactum dixit, iuxta verba *l. 39. D. de pact.* ibi: *in quorum poteſtate fuit legem apertius conſcribere.* Iam vero exinde infert, quod dominus rei ſuæ tantum legem dicere poſſit et non is, qui a domino accipit, adeoque et donatori tanquam domino imputari, quod rei ſuæ non apertius legem dixerit. Verum hoc modo tollerentur plane illæ leges, quæ regulariter interpretationem faciendam eſſe contra ſtipulatorem aſſerunt: nam et promiſſor in ſtipulatione rei ſuæ deberet tantum legem dicere, et ſic contra eum potius regulariter facienda interpretatio, quod tamen abſurdum et contra rationem iuris. Deinde nec rationem adæquatam in his verbis *l. 39. cit.* latere, poſtea §. XXV. declarabitur. Denique, ſi aliqua vis in hoc argumento ſupereſſet, ad contractus bilaterales tantum ratio decidendi pertineret, de quibus *l. 39. cit.* tantum loquitur. In his enim facilius quilibet contrahentium pactum adiicere poteſt, et ſic vtilitatem ſuam quærere. In vnilateralibus autem negotiis vnus regulariter quærit vtilitatem, et ſic omnino ipſi imputatur, ſi non apertius locutus. Hoc non nego, poſſe contingere, vt aliquando contra donatorem interpreta-

Digitized by Google

pretatio ſit facienda, ſi nimirum circa res donatas peculiare intereſſe reſpexerit, eodem modo, vt in ſtipulatione: at pro regula id minime venditari poteſt.

§. XXIII. In contractibus *mutuis* vbi ſcilicet ab vtraque parte quid præſtandum, itidem fundamentum datum apprime applicari poteſt. Cum vero in his vterque contrahentium vtilitatem ſuam quærat, et in contrahendo attendat exemplo emtionis venditionis, vbi emtor viliori comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerunt *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* reſpiciendum erit, qua ratione regula in hiſce negotiis ſit intelligenda. Videlicet vtilitas eſt vel *ordinaria*, quæ ex natura contractus cuiuſcunque vel rei dependet; vel *extraordinaria*, quam contrahentes *ſingulariter* intendunt v. c. per pactum contractui adiectum, quæ alias naturæ contractui non ineſt. Quodſi quæſtio eſt de ordinaria vtilitate, ſecundum naturam contractus interpretatio eſt facienda, cum illa ſemper ſubintelligatur, niſi aliter res fuerit dilucide pactis mutuis definita. Sicuti iam in emtione venditione perfecta, antequam res vendita tradatur, periculum eius ad emtorem ſpectat *§. 3. Inſt. de Emt. vend. tot. t. D. de per. et commod. rei vendit.* ita in inſtrumento venditionis ſcriptum ſit: *Promitto me rem venditam non deterioratam, ſed prout nunc eſt, hoc vel illo die reſtituturum,* hoc ipſo caſus ſeu damnum fatale venditori præiudicari non poſſit. Si enim hoc intendiſſet emtor, clarius id exprimere debuiſſet, cum verba illa tantum eo reſpiciant, ne ipſe venditor ſua culpa vel dolo rem deterioret. Neque enim renunciatio iurium aliter quam ſpecifice fieri poteſt, cum ad non cogitata non extendatur. Si enim alter contrahentium hoc intendiſſet, merito loqui apertius clarius et magis ſpecifice debuiſſet. Exinde quo-

Ad contractus bilaterales.

que dependet deciſio quæſtionis, (quod incidenter ſaltem addo, quamuis alias fideiuſſio, quæ ſtipulatione perfici debet, ad contractus vnilaterales referenda) an fideiuſſores cenſeantur renunciaſſe beneficio excuſſionis et diuiſionis, ſi fideiuſſionis inſtrumento inſerta ſit clauſula, ſämmtlich und ſonderlich, einer für alle, und alle für einen als ein ſelbſt-ſchuldiger? Video hic Dd. in diuerſa abiiſſe. GAIL. *lib. 2. obſ. 28. n. 3.* renunciationem haſce clauſulas inuoluere autumat, quod alias verba illa nihil operentur, cum tamen in contractibus nulla Clauſula deberet eſſe otioſa. Tuentur quoque hanc ſententiam MEV. 9. *Dec.* 187. COLER. *de Proc. Execut. P.* 1. *c.* 10. *n.* 395. Ceterum illam in praxi non eſſe receptam atteſtatur STRYK. *de Caut. Contr. S.* 2. *c.* 6. §. 22. quam etiam ſequuntur SCHILT. *in Pr. Jur. Rom. Ex.* 48. §. 30. STRVV. *Ex.* 47. *th.* 44. COTHMAN. *vol.* 1. *reſp.* 22. et 2. *reſp.* 26. quam etiam iurium principiis conuenientiorem vtique exiſtimo. Sunt enim verba hæc ambigua et duplicem admittunt ſenſum, vel vt videantur renunciaſſe ſuis beneficiis, vel etiam vt illud videantur expreſſiſſe, quod alias naturæ negotii conuenit. Cum vero in tali ambiguitate interpretatio fieri debeat ſecundum naturam contractus, dicendum eſt, fideiuſſores id expreſſis verbis promittere voluiſſe, ad quod alias ex natura contractus erant obligati. Si enim hoc intendiſſet creditor, vt fideiuſſores ſuis beneficiis renunciare deberent, certe merito contra eum facienda interpretatio, quod ſingularem vtilitatem quærens, non locutus fuerit apertius.

In vero diſſenſu contrahentium ceſſat regula.

§. XXIV. Quod vero diximus interpretationem *ſecundum naturam contractus* in tali caſu fieri debere, intelligendum hoc modo, *ſi ex illa ambiguitate non appareat, contrahentes re vera diſſen-*

diſſenſiſſe: Nam ita contractus ex defectu conſenſus non ſubſiſteret, quod etiam in ſtipulationibus merito locum habere debet. Talis ambiguitas occurrit in *l.* 83. §. 1. *D. de V. Obl.* Vbi ſtipulator Stichum ſtipulando de alio ſenſerat & de alio promiſſor, quo caſu nihil actum fuiſſe dicitur. Vt itaque hic male applicaretur regula in *l.* 38. §. 18. *eod.* quod in ſtipulationibus, cum quæritur, quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda ſint; diſſenſus enim contrahentium excludit omnem interpretationem & indicat, nihil actum eſſe. Idem in emtione venditione obſeruandum, quando contrahentes diſſentiunt vel in pretio vel in ipſa merce; vid. *l. in venditionibus* 9. *D. de contrah. Emt. V.* Quando ergo ambiguum eſt, vtrum contrahentes in venditione intellexerint Florenos Miſnicos, an vero Hollandicos, primo reſpiciendum, an re vera hic *diſſenſerint* et emtor hos, venditor alios intellexerint, quo caſu emtio eſſet nulla. Si vero non conſtaret de diſſenſu, veluti quod lis oriatur inter vtriuſque heredes, tunc interpretatio ex natura rei formari poſſet, habito reſpectu ad pretium et rem ipſam et alias circumſtantias, quæ indicabunt, de quibuſnam florenis ſermo inter contrahentes fuerit.

§. XXV. Vbi vero controuerſia incidit de *vtilitate extraordinaria*, quæ non ex natura *rei* aut *contractus* dependet, ibi in genere interpretationem faciendam contra eum aſſerimus, qui illam vtilitatem ſingularem et extraordinariam quæſiuit, ſiue ſit emtor ſiue venditor, ſive locator ſiue conductor. Tunc enim ei merito recte imputatur, quod *legem* h. e. pactum, quo vtilitatem illam ſibi quæſiuit, *non conſcripſit apertius.* Et huc reſpicit iam ICtus in *l.* 39. *de Pact.* vt ita non præciſe ſit reſpiciendum ad eum, qui pactum protulit vel con- *Quatenus adhibenda, in ſingulari ex contractu captando commodo.*

 ſcri-

ſcripſit contractum, ſed qui ita protulit verba, vt per illa ſibi ſingulariter proſpiceret. Et ita commodam iam interpretationem recipiunt omnes leges, quæ torſerunt valde doctorum plurimorum ingenia.

Cur de venditore et locatore leges vt plurimum loquantur.

§. XXVI. Equidem vt plurimum Leges aſſerunt, contra venditorem et locatorem interpretationem fieri debere: vt in *l.* 9. *de Pact. l.* 21. *et* 33. *D. de contr. E. V.* Verum non eo ſenſu quaſi inde generalis regula ſit exſtruenda, ſed ſicuti TRIBONIANO non infrequens fuit, in compilatione Legum mirifice textum diſſecare, et omiſſo caſu, rationem decidendi, quæ tamen ex caſu, cui adiecta erat, ſæpius limitationem accipit, tamen nobis obtrudere, ita et cum hiſce legibus comparatum eſſe cenſeo. Apparet hoc euidentiſſime ex *l.* 21. *cit.* vbi textus indicat, quæſitum LABEONEM fuiſſe de caſu, quo venditor per pactum adiectum ſpecialem intenderat vtilitatem, et ita iam reſpondet, *obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, quid id* (pactum per quod ſibi proſpicere voluit) *dixerit quam emtori &c.* Deinde cum regulæ in iure deſumi ſoleant ab eo, quod plerumque fieri ſoleat *l.* 3. §. 6. *D. de LL.* plerumque autem contingere ſoleat, vt venditor aliquid excipiat in venditione, vt et locator, adeoque ſingularem vtilitatem quærat, hinc etiam factum, vt aliquando ICti generaliter hac in materia ſint locuti, vt in *l.* 172. *pr. de R. I.* ſupponentes tamen ſemper terminos habiles, ceu PAPINIANVS in *l.* 39. *de pact.* clare addit: Indicat enim, ſibi ſermonem eſſe de caſu, vbi venditor et locator legem contractui ſcripſerant, et ſic ſuam vtilitatem quæſiuerant, inde etiam addit: *in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere.* Pari ratione in *l.* 33. *D. de contr. E. V.* caſum eiuſmodi ſupponit

ICtus,

ICtus, vbi venditor legem contractui dixerat; *flumina ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint.* Ambiguitas huius pacti in eo latitat, quod hoc vel ita poſſit intelligi, vt etiam emtor ſtillicidia ſuſcipiat ædificiorum vicinorum, vel vt vicinis neceſſitas ſit impoſita ſtillicidiorum excipiendorum vid. *l. ſi arborem* 17. §. 3. *D. de S. præd. Vrb.* Si iam controuerſia oriatur inter emtorem et venditorem, et ille aſſerat, ædes emtas ſeruire, ſibi autem liberas ædes eſſe venditas, contra venditor regerat, ſe ſatis hoc explicaſſe in pacto adiecto, dicitur venditori nocere debere pactum in *L. cit.* 33. Cum enim hic liberas ædes tradere et niſi liberæ ſint, in venditione hoc omnino exprimere clare debeat, quia eo ipſo et pretium minuitur, illa vero formula, quæ apud veteres frequens erat vid. BRISSON. *de formul l. 6. p.* 553. hunc ſenſum in dubio non habeat, *cit. l.* 17. recte dixit ICtus contra eum fieri debere interpretationem: cum enim per hanc clauſulam ſingulariter ſibi voluerit proſpicere, ne poſtea ſeruitutum fundo inhærentium nomine conueniretur ab emtore, imputatur merito ei, cur hoc non fecerit apertius.

Explicatur L. 3. D. de Conſt. princ.

§. XXVII. Ex hiſce igitur apparet, quam caute in eiuſmodi regulis, quæ in iure noſtro occurrunt, verſari debeamus, nec verba captare, aut cum vulgo dicere *verba generalia etiam generaliter ſunt explicanda.* Vbi enim ex præiudicio præcipitantiæ animam legis h. e. *rationem* non ſcrutamur, ſed verbis tantum prout iacent tenaciter inhæremus, ſæpe in intricatiſſimas difficultates incidimus, ex quibus emergere vix valemus. Optandum foret, vt maiori prudentia et peritia compilatores in conſtruendis et conglomerandis legibus vſi fuiſſent, nec nobis tam ſæpe laceratas leges obtruſiſſent, ex

quo

Digitized by Google

quo tamen non potuit non iſtiuſmodi male cohærens (niſi penitus aliunde lumen accipiat) ſtructura legum oriri. Poſſet id pluribus declarari exemplis, ſi hanc digreſſionem inſtituti et brevitatis ratio non cohiberet. Vnicum ſaltim, ex quo etiam noſtrum fundamentum quodammodo infringi poſſe videtur, in medium producere è re eſſe duco. Suggerit hoc IAVOL. in *l. 3. D. de conſtit. Princ.* vbi aſſerit, *beneficia imperatoris eſſe quam pleniſſime interpretanda.* Hoc poſito, dabitur caſus, vbi pro eo fieri debeat interpretatio, qui ſingularem vtilitatem per beneficium Principis ſibi quærit. At vero iuxta noſtram regulam merito Regula invertenda, et contra eum interpretatio facienda. Quid igitur dicemus? num vela retractemus? Id quidem ſana ratio non admittit, cum regulam tam optime cum legibus cohærere oſtendimus. Ante omnia ergo de mente huius legis eſſet diſpiciendum. Verum hanc incuria compilatorum nobis obſtruxit, vt vix hariolari liceat, de quo caſu illa ſit intelligenda. Nam et hic pro more antecedentia omiſit, ex quibus tamen hæc tanquam conſequentia reſtringi deberent. Si enim ita crude Regula accipiatur, vti quidem eam nobis exhibuit TRIBONIANVS, et rationi et communi praxi repugnat. Concedunt enim communiter interpretes, beneficia ex mera gratia conceſſa a Principibus poſſe reuocari, ceteris paribus. CARPZ. 1. *Dec.* 87. *n.* 16. ENENCKEL. *de priuil. l.* 3. *c.* 2. MYL. AB EHRENB. *de Princ. et Stat. Imp. c.* 49. §. 10. Qui ergo poteſt beneficium reuocare, non concedet, vt quam pleniſſime contra ſe interpretatio fiat. Immo licet priuilegia conuentionalia (quæ tamen an beneficiorum, quæ ab Indulgentia Principis proueniunt, nomine venire poſſint, valde dubito) ſupponamus,

namus, tamen rurſus ex natura contractuum et pactorum interpretatio eſſet facienda. Tranſeunt enim in naturam contractus, MYL. AB EHRENB. *cit. l.* §. 11. et ſic eodem cum priuatis iure vti deberet Princeps concedens priuilegium. Vnde vix probari poteſt ſententia OBRECHTI *de Juriſdict. diſp.* 7. *th.* 48. exiſtimantis, contra dominum fieri interpretationem debere, ſi Vaſallus pagum aliquem cum iuriſdictione titulo oneroſo acceperit. Cum enim Vaſallus ſingularem vtilitatem quærere voluerit, loqui apertius debuiſſet. Deinde adhuc primaria quæſtio eſſet excutienda, an et qua ratione interpretatio doctrinalis in beneficiis Principum locum habere poſſet? Nam et PAVLVS ipſe in *l. ex facto* 43. *pr. D. de V. & Pup. ſubſtit.* fatetur, beneficia principalia ipſos Principes ſolere interpretari. Immo adhuc euidentius NERATIVS in *l.* 191. *D. de R. I.* reſpondet, Principum eſſe æſtimationem, quem modum beneficiorum ſuorum vellent eſſe. In horum ergo arbitrio poſitum erit priuilegium reſtringere et extendere. Immo et praxis hic communiter repugnat. Quin et practici vbique fatentur priuilegia et immunitates eſſe ſtricti iuris vid. MEV. 3. *Dec.* 309. *n.* 8. *et* 2. *D.* 173. *n.* 1. *et* 4. *Dec.* 321. *n.* 4. et quidem ex ſatis firma ratione, quod illa, quæ contra rationem iuris recepta ſunt (qualia ſunt priuilegia) non ſunt producenda ad conſequentias. *l.* 14. *D. de LL.* Quid notius, quam conceſſa venatione ſimpliciter, tantum tranſire in minorem, et conceſſa iuriſdictione ſimpliciter, tantum competere baſſam? In hoc enim pleroſque conſentire palam eſt. vid. allegati ab STRYK. *de Vſ. Mod. tit. de Iuriſd.* §. 13. SCHILT. *Ex.* 6. *th.* 10. vbi aſſerit, rationes a diſſentientibus afferri ſolitas, inter quas etiam illa *l.* 3. *cit.* eſt, videri τὸ ἐν

Digitized by Google

ἀρχῇ αἰτεῖν. Aut ergo regula illa falſa eſt, aut vero dicendum, omnino illam aliter intelligendam et maxime reſtringendam. At ſic noſtræ aſſertioni non contradicit.

Explicatur l. 34. D. de cont. emt. vend.

§. XXVIII. Superatis ergo tot difficultatibus, quas alias hic oſtendimus, facilior iam aditus erit ad *l. 34. D. de Contrah. E. V.* quæ alias tam mirifice vexata eſt. Dixi iam ſuperius, tentaſſe in illa lege correctionem CVIACIVM minime tamen approbandam. Vbi vero vlterius iam in ἀνάλυσιν huius legis inquiro, deprehendo Colleg. I. Arg. *tit. de pact. n. 84.* valde probare CVIACII correctionem, adeo vt aſſerat, nullum idoneum exemplum vel argumentum ab iis, qui CVIACII mutationem impugnarunt, hactenus allatum eſſe, quo oſtenderetur, emtorem quoque legem contractui dicere poſſe. Sed ſupra, iam oſtendi fallax hoc argumentum eſſe, immo qui ſaltim legem attentius perluſtrat, exemplum in promtu habet, vbi etiam emtor legem contractui dicere poſſit, vti in ipſa analyſi huius legis dicemus. Ipſe GOTHOFREDVS in *not.* eandem lectionem CVIACII approbat: motus ex verbis legis: *nec refert, quanti ſit acceſſio,* et poſt: *pleraſque res aliquando propter acceſſiones emimus.* Sed illæ rationes aliunde ſpectant, nam duplex quæſtio in textu continetur. Caſus eſt talis: Caius a Sergio emerat fundum, pactusque erat, accedere debere fundo Stychum ſeruum. Cum iam de tradendo ſeruo Sergius admoneretur, et vero plures Stychos haberet, apparuit, de alio emtorem et de alio venditorem ſenſiſſe, hinc duplex quæſtio oriebatur: *1) vtrum contractus valeret. 2) Si valeret, contra quem in hoc caſu facienda interpretatio.* Ad primam reſpondet PAVLVS, fundi venditionem valere, cum ſufficiat, quod de re principali conſenſerint, licet de acceſſoria ambiguitas orta eſſet. Sed obiiciebatur, poſſe ſæpe plus eſſe in acceſſorio, quam in principali: *Ple-*

Digitized by Google

Pleraſque enim res, pergit ICtus, *aliquando propter acceſſiones emimus, ſicut cum domus propter marmora et ſtatuas et tabulas pictas ematur*, vt ita ad principale non ſemper reſpici poſſit in quæſtione: vtrum contractus valet? Sed et hoc reiicit PAVLVS per verba: *nec refert quanti ſit acceſſio*, vt hinc minus recte a GOTHOFREDO hæc verba ad alteram quæſtionem ſint traducta. Euicto ergo, quod valeat emtio venditio, iam porro reſpondet ad alteram quæſtionem, ſcilicet contra emtorem in hoc caſu faciendam eſſe interpretationem. Nec aliter deciſio formari ſaluis iuris principiis potuit, cum, vt in caſu oſtenſum, hic emtor per pactum, quod venditioni adiecerat, (ceu optime etiam obſeruat ACCVRS. *in not. ad l. 34. cit.* licet hoc diuinatorium putet ſed fruſtra BACHOV. *ad Treutler.* §. 29. citandus) ſingularem vtilitatem ſibi quæſierit, vt hinc merito ipſi imputetur, quod non locutus fuerit apertius. Miror proinde in Colleg. Iur. Arg. *cit. l.* aſſeri, caſum non eſſe dabilem, quo emtor quoque legem contractui dicere poſſit, cum tamen in textu allato ille clariſſime contineatur, et infra §. 30. et 34. adhuc alii occurrent.

§. XXIX. Sed nec BACHOVIVS hic intactus relinquendus, qui quidem *in Not. ad Treutl. P. 1. diſp. 6. th. vlt. lit. b.* correctionem CVIACII improbat, ſed tamen huius textus verum fundamentum non tangit. Audiamus eum, *Aequitas*, inquit, *plane ſuadet, vt in ſpecie d. l. 34. venditori electio detur: quia cum ſeruus partem faciat rei venditæ, venditoris autem ſit iudicare pretium rei venditæ, etiam eius erit dicere, quam rem venditam velit, ne alias ipſi per emtoris electionem iniqua conditio inferatur.* En vagum aliquod et male cohærens fundamentum ſubtiliſſimi alias ICti. Recurrit ad æquitatem aliquam ſingula- *Bachouii explicatio reiicitur.*

 rem,

rem, quod vltimum refugium eſſe ſolet eorum, qui neruum rei et negotii tangere neſciunt. Nihil hic ſingulare, nihil contra ius ſtrictum, ſed omnia iurium principiis communibus conformia in *cit. l. 34.* occurrere, iam §. antec. ſecundum datum fundamentum demonſtratum. Quid ergo opus, in ſingulari æquitate hic refugium quærere? Et quænam demum illa cerebrina æquitas? Scilicet *quod venditoris ſit, iudicare pretium rei venditæ.* Male ſane ſecundum ACCVRSIVM. Poteſt hoc verum eſſe, quamdiu emtio venditio non eſt perfecta; ſed ne ſic quidem ſolius venditoris eſt, ſed etiam ſine omni dubio emtoris, quomodo enim alias in idem placitum tandem concurrere poſſent? Aſt vbi ſermo eſt de *emtione iam perfecta*, vbi in noſtro caſu, quis tam ineptus foret, qui diceret, iam venditoris eſſe pretium iudicare? Id vero minime concedendum. Sed pergit porro: *Facit quod in l. 90. de Contrah. E. V. eadem ratione dicitur, ſi conuentum ſit ſexaginta dolia ex centum acceſſura, venditoris eſſe, dare quæ velit.* Certe gratias ago BACHOVIO, quod mihi nouum argumentum firmandi meam ſententiam ſuppeditet. Ille ſane male inde concludit: Ergo æquitas ſingularis in noſtro textu latitat. Reuocemus legem ad noſtrum fundamentum, et res plana erit. Emit emtor ex pluribus doliis ſexaginta, nec expreſſit, quænam ſibi ſint tradenda. Quodſi eius interfuit, de certis potius vaſis actum eſſe, vti ſimili in caſu dicitur in *l. 99. de Verb. Obl.* merito ipſi ſingularem vtilitatem ſectanti, imputandum, quod non locutus apertius, nec ab initio venditionis ſelegerit dolia, quæ emere vellet. Re vera ergo hic fluctuat ſubtilitate ſua, quod et ex ſequentibus apparet. *Et igitur*, pergit, *regula ſuperior ex l. 33. D. de Contr. E. V. patietur limitationem, ſi ratio et æquitas diuerſum ſuadeant, aut*

ad

Digitized by Google

ad alia non ſubſtantialia contractus aut potius ad ambiguam orationem et propoſitionem erit referenda. Sed nec æquitatem ſingularem, vti dictum, hic agnoſcimus, multo minus limitationem, quia, nec in *d. l. 33.* regula continetur, ſed tantum exemplum ad regulam refertur. Exempla autem non exhauriunt naturam regulæ. Altera reſponſio quam fluctuante animo adiungit, adhuc rem magis inuoluit. Dicit regulam *d. l. 33.* ad alia non ſubſtantialia eſſe referendam. Sed vnde hoc? magis hoc diuinatorium dicere poſſemus, ac quidem illud, quod ACCVRSIO imputat. Et neſcio ſane, an caſus in *l. 33. cit.* poſſit loqui de non ſubſtantialibus contractus emtionis, cum eodem modo de acceſſione ſeruitutum loquatur, vti quidem *l. 34.* Denique quod regula ad ambiguam orationem ſit referenda, extra controuerſiam eſt, et ſupra ſatis demonſtratum. Sed monſtret, quæſo BACHOVIVS, in *cit. l. 34.* non eſſe ambiguam orationem. Ambiguum enim certe erit, quod in alterutram partem dici poteſt. Miror ſane, acutiſſimum alias ICtum nihil minus impleuiſſe hic, quam officium boni interpretis.

§. XXX. Sed adhuc ſcopulus ſupereſt ſuperandus qui et non raro interpretes offendere ſueuit. Occurit hic in *l. inſulam 13. D. qui pot. in pign. hab.* vbi PAVLVS talem format caſum: *Inſulam* (antea ſcilicet locatam pro annua penſione) *tibi vendidi et dixi prioris anni penſionem mihi ſequentium tibi acceſſurum, pignorum ab inquilino datorum ius vtrumque ſecuturum.* Hic concurrunt duo pacta: alterum *de lucranda penſione anni prioris*: alterum *de pignorum ab inquilino datorum communione.* Oriebatur controuerſia, ſi pignora ad vtramque penſionem non ſufficerent, cuinam hoc nocere deberet, vtrum emtori an vero venditori. Reſpondent ICti, NERVA PROCVLVS et PAVLVS,

Explicatur L. 13. D. qui pot. in pign.

LVS, ius omnium pignorum primum ad venditorem pertinere, ob rationem: *quia nihil aperte dictum eſſet, an communiter ex omnibus pignoribus ſumma pro rata ſeruetur, ſi quid ſupereſſet, ad ſe* (emtorem:) Quis vero hic apertius loqui debuit? Sine omni dubiô emtor. Eſt enim hic quæſtio de vſu pignorum pro annua penſione datorum. Cum autem tot ſint debita, quot annuæ præſtationes, et ſic pignora ad antiquius debitum referenda, male fecit emtor, quod, ſi hoc intenderit, vt ſumma ex omnibus pignoribus pro rata ſeruaretur, et ſic de vſu communi pignorum etiam non ſufficientium ad vtramque penſionem quilibet pro rata participaret, id non apertius expreſſerit. Sectari enim ſingularem vtilitatem voluit contra rationem pignorum: Ergo et clarius loqui debuiſſet. Vnde et colligunt hanc regulam: *conuentio hæc vt pignora pertineant ad vtrumque, intelligitur eo ordine, quo ſolui debitum principale debet, niſi aliud actum,* quæ tamen tantum eſt concluſio Regulæ noſtræ ſupra datæ. vid. SALGADO de SAMOZA *in Labyr. p. 1. c. 10. n. 33.* BARTOL. et DION. GOTHOFR. *ad cit. l. 34.*

Quomodo ſuſcipienda ſit iuris Rom. interpretatio?

§. XXXI. His ita iam ſecundum leges bonæ interpretationis reſolutis, apparet, nullam quoad hanc materiam in noſtro iure occurrere antinomiam, aut deciſionem diſſonantem, ſed omnia plana et certa conſtare ratione, quin potius interpretum incommodam explicationem ad multa dubia et infinitas difficultates viam patefeciſſe. Simul inde conſtat, quam vana ſit perſuaſio eorum, qui optime ius Naturæ ex legibus Romanis addiſci poſſe autumant, nec neceſſe eſſe, vt quis, antequam ad ſacra iuris Romani accedat, prius demum imbuatur principiis veris iuris Naturæ. Hoc enim demum eſt, ordinem rei peruertere, omiſſisque fontibus conſectari riuulos et illotis ma-

manibus opus aggredi. Sunt vtique leges Romanæ pleræque concluſiones ex principiis iuris Naturæ: at qui concluſiones rite interpretari et ex principiis deducere intendit, næ principiis illis iam antea tinctus et imbutus eſſe debet. Nec video, qua ratione quis in interpretatione harum legum iam iam ex communi principio explanatarum ſecure progredi poſſit, niſi Iuris Naturæ prudentiam, ex qua ICti Romani concluſiones illas deduxerunt, in ſubſidium et auxilium vocauerit.

§. XXXII. Nihil iam supereſt, quam vt oſtendamus, qua ratione regula à ICtis noſtri temporis fuerit ad caſus ſpeciales applicata, quod tamen paucis exemplis tantum oſtendam. Nam omnes concluſiones inde deducere et coaceruare, eſſet infinitum, immo forſan otioſum, cum principiis bene poſitis, concluſionum ſeries in promtu ſit.

Regula exemplis illuſtratur nominis ceſſi.

§. XXXIII. Manifeſti iuris eſt, nomine ceſſo vel in ſolutum dato, verum tantum non etiam bonum nomen eſſe præſtandum *l. ſi nomen 4. D. de act. et Hered. vend.* quod tamen limitatur in *d. l.* niſi aliud conuentum ſit. Hinc quæſtio exſurgit: an hoc credatur factum, ſi ex pacto debitor, qui ceſſit, in ſe eius debiti exactionem receperit, **daß er wolle die Einfoderung für Gerichte thun**? Reſpondet MEV. *1. Dec. 182.* primitus ad mentem paciſcentium reſpiciendum eſſe, et vnde illa appareat, deducit plenius. Si autem de illa non conſtet, ſupereſt vt inquiramus, quomodo interpretatio ſit facienda? ſcilicet contra eum, qui in ſolutum accepit. *Sibi enim,* inquit recte MEIVS *cit. l. imputare debet, qui in ſolutum accepit, quod legem* [ſeu pactum, per quod ſingularem intendebat vtilitatem ſcil. vt cedens nominis periculum ſuſciperet] *non dixerit apertius, ideoque contra eum fieri interpretatio.*

§. XXXIV.

Venditionis. §. XXXIV. Quæſtio eſt, an verba in Contractu venditionis: Das Hauß ſolle verkaufft ſeyn eigenthümlich, quitt und frey ohn einige Beſchwerden, ſignificent immunitatem ab oneribus publicis, an vero tantum libertatem a nexu quodam ſpeciali? Prius certe in ambigua oratione, vt hic, dici nequit, cum talis formula nunquam eo ſenſu vſurpari ſolita ſit, vt vendita ab oneribus publicis immunia faciat. Et licet forſan emtor hoc intellexerit, immo etiam intenderit, tamen contra eum vtrique interpretatio erit facienda, quia iis verbis ſingularem vtilitatem quærere voluit MEV. *3. Dec. 180.* Rurſus ergo occurrit hic caſus, vbi interpretatio contra emtorem facienda, ſicuti in *l. 34. D. de contrah. E. V.* Diſſentit quodamodo BRVNNEM. *ad l. 39. de pact.* hunc caſum ex MEVIO proponens. Addit tamen ibidem alium caſum ex CVIAC. *ad L. publica. §. vlt. D. depoſ.* ſi quis fateatur penes ſe habere meam pecuniam ſc. plus minus 100. thalerorum, vbi interpretationem contra eum faciendam eſſe, qui potuit loqui clarius, aſſerit.

Pertinentiarum. §. XXXV. Proponit idem MEVIVS *7. Dec. 373.* aliam quæſtionem: *vtrum vendita domo ſimul adiacens domuncula* eine Bude *ſub venditione comprehendatur, ſuppoſito, neſciri non poſſe quid ea de re dictum ſit?* Varie hæc res decidi poteſt. Si conſtat domunculam eſſe ædium pertinens, ſimul intelligitur vendita, et ita interpretatio contra Venditorem facienda, quod hanc non exceperit, ſi ſub venditione illam comprehendere noluit. Si autem hoc dubium ſit, puto hic contra emtorem fieri debere interpretationem, cum ille merito hoc caſu ſingularem vtilitatem intendens debuiſſet loqui clarius.

Priuilegii. §. XXXVI. Illam vero concluſionem, quam affert BORCHOLT. *p. 2. conſ. 16. p. 104.* puto plane inuertendam eſſe. Dicit

cit videlicet, Priuilegium, a Principe per modum contractus inferiori conceſſum, contra Principem eſſe interpretandum. At cur non etiam contra priuatum, ſi hic ſingularem intenderit vtilitatem, quod communiter fieri ſueuit. Sed de hoc caſu plenius iam actum ſupra §. XXVII.

§. XXXVII. In iure feudali quæſtio mouetur, vtrum dominus, *ſine mentione pretii* de feudo aliquem inueſtiens, poſſit poſtea pretium pro feudo exigere? Hoc euidens eſt, et ex natura feudorum conſtat, quod regulariter per ſe et ſua natura feudum non ſub prætextu pecuniæ i. e. occaſione eius, ſed ſolo amore et honore domini eius beneuolentia acquiri debeat FINCKELTHAVS. *Feud. controv. diſput. 2. th. 4.* adeoque citra conuentionem et ſpeciale pactum non ineſt feudo; vt pecunia pro eo præſtari debeat STRVV. *Synt. iur. feud. c. 4. aph. 15. n. 2.* Vnde et plurimi feudum emtum improprium dicunt, quod quidem iam in medium relinquo. vid. interim FINCKELTH. et STRVV. aliique citati in GOTHOFR. ANTON. *iure feudal. diſp. 1. §. 7. in not. lit. f.* ibique ſententia IO. SAM. STRYK. Illud interim certum eſt, dominum pretium exigere non poſſe. Si enim hanc ſingularem vtilitatem intendiſſet, quæ vt dictum, citra conuentionem non ineſt feudo, clarius loqui et pretium exprimere debuiſſet: hinc fit contra eum interpretatio. BEIER ICtus Lipſienſis *in delin. Iur. feudal. c. 3. §. 38. ſeqq.* ***Contractus feudalis.***

§. XXXVIII. Cum aliquando quæſtio moueretur, vtrum impenſas pro lapidibus molaribus ferre deberet locator an conductor molendini? exacte MEV. *4. Dec. 41.* hanc quæſtionem excuſſit ſecundum illa, quæ hactenus expoſuimus. Primo, inquit, ſequendum eſſe quod dictum, ſi de eo non conſtat, quod in ea regione conſuetudinis; Vbi nec huius certitudo, impen- ***Locationis.***

ſam eſſe onus locatoris, quia non fructus, ſed ipſius rei eſt, et præcipua pars molendini ſunt lapides molares. Hinc porro infert locatori eſſe imputandum, quod legem contractui non apertius dixerit. Referendus etiam huc ille caſus, quem ſecundum noſtram regulam decidit *6. Dec. 393.* de conſtituente ſoluere pro alio ſi facta cum ipſo liquidatione, et diſcuſſis rationibus conſtitiſſet, ipſum debere, vbi quærebatur, an reo mortuo, antequam rationes diſcuterentur, nihilominus conſtituens conueniri poſſit, quod negauit, cum ſtipulator hic clarius loqui debuiſſet, ſi hoc intendiſſet.

Iuriſdictionis conceſſa.

§. XXXIX. Ceterum cum ſæpius accidere poſſit, vt titulo locati concedatur alicui iuriſdictio, non raro controuerti ſolet: an etiam merum videatur conceſſum imperium, ſi de hoc in litteris conceſſionis haud expreſſa fuerit facta mentio, CARPZOV. *P. 2. C. 4. Def. 6.* cum COLERO et MENOCHIO hoc affirmat, ne ſcilicet confuſio Iuriſdictionum oriatur, contra *l. 23. C. de Teſtam. Ac imputet ſibi,* inquit, *locator, aliusue concedens quod legem contractui non dixit apertiorem, vt proin merita fiat contra ipſum interpretatio.* Videmus hic applicatam eſſe *l. 39. D. de pact.* prout communiter i. e. ſecundum verba, accipi ſueuit, dum contra locatorem interpretationem fieri debere in hoc caſu CARPZOVIUS aſſerit. Sed ab hac ſententia haud pauci recedunt, vt STRVV. *Synt. Iur. Feud. c. 6. aph. 18. n. 4.* STRYK. *Vſ. Mod. tit. de Iuriſd. §. 13.* MIESCHNER. *Dec. 23. n. 37.* Affirmantium opinio maxime in eo quoque fundamentum ſuum quærit, quod ex legibus Romanis de moderna iuriſdictionis forma non ſit cenſendum MEV. *4. Dec. 290. num. 7.* Id quidem vtique concedendum eſt: ſed ſupereſt tamen illud dubium, quod et hodie iuriſdictio ſit vel ſuperior vel inferi-

Digitized by Google

ferior, et ſic diſtinctas recipiat partes, et quod ſuperior graves arduasque contineat cauſſas et ſic merito ſpecialem conceſſionem requirat, cum talia in dubio non præſumantur facile conceſſa. Ea enim in generalem conceſſionem non veniunt, quæ: quis veroſimiliter non fuit conceſſurus FAB. *in C. lib. 3. tit. 12. def. 17. n. 8.* Quibus poſitis, inuertendam puto regulam CARPZOVII; et dicendum contra conductorem eſſe interpretationem faciendam, quod ſingularem vtilitatem reſpiciens non fuerit locutus apertius. Atque ſic etiam exemplum haberemus, vbi contra conductorem eſſet facienda interpretatio. Poſſent etiam ex pactis Gentium publicis, fœderibus, inſtrumentis pacis, exempla addi, et huius regulæ vſus demonſtrari, ſed id quidem inſtituti et temporis ratio iam non fert, cum talia omnia facile ſecundum hactenus dicta decidi et excuti poſſint.

EXERCITATIO XXXI.

AD LIBR. II. PAND. TIT. XIV.

DE FVNDAMENTO PACTORVM FAMILIAE AD FIDEICOMMISSA INCLINANTIVM.

CAPVT I.

DE FIDEICOMMISSIS CONVENTIONALIBVS IVRI ROMANO ADVERSANTIBVS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Teſtamenta Germanis olim incognita.* II. *Incommoda ex eorum receptione exorta.* III. *Fideicommiſſa inepte ad pacta ſucceſſoria* ap-

applicata ſunt. IV. De pactis fideicommiſſariis eorumque diuiſione. V. In horum numero ſunt pacta de bonis extra familiam non alienandis. VI. Quo iure hæc æſtimanda, Romano, an Germanico? VII et VIII. Donationes ſub modo ad fideicommiſſa conuentionalia referenda non ſunt. Explicatur L. 3. c. de donat. ſub modo. IX. Nec tacita fideicommiſſa eo pertinent. L. 46. D. de hered. inſt L. 1. c. de delat. illuſtrantur. X. Nec pacta modalia fideicommiſſis æquiparanda. XI. Pactis nec ſucceſſio deferri, nec fideicommiſſa conſtitui poterant. XII. L. 38 §. 7. D. de legat. 3. explicatur. Langebeckii interpretatione reiecta, Fabri defenditur. Notatur Harprechti ſententia. Cautio fideicommiſſaria pactum ſucceſſorium non infert. XIII. Pacta ſucceſſoria et fideicommiſſaria iuri Romano prorſus improbata.

§. I.

Teſtamenta iuri Romano debentur.

Sicuti pacta et contractus ex iure gentium originem trahunt, *l. 5. D. d. I. et I.* ita *teſtamenta*, et quæ inde dependent, *legata et fideicommiſſa* diſpoſitioni *iuris Romani* debentur, ex cuius receptione etiam in Germaniam penetrarunt, et principia *iuris Germanici* admodum turbarunt. Etenim Germani vſum teſtamentorum ignorarunt penitus, quo omnis *legitima ſucceſſio* peruertitur: huic admodum fauerunt, teſte TACITO *de morib. German. cap. XI.* eamque incorruptam ſeruarunt, ne heredibus proximioribus præiudicium afferretur. Nec Francis *teſtamenta* vſitata: traditione inter viuos id in alios transferebatur, quod transferre et alienare licuit, cuius modus traditur in *capitular. lib. IV. cap. 19.* apud BALVTZIVM *p. 778.* Epiſcopos quidem ſenſim teſtamenta introduxiſſe obſeruat HERTIVS *in notit. veter. Franc. cap. 3. §. 48.* vt in pios vſus eo liberius diſponere, et patrimonium eccleſiarum augere poſſent; ſed vniuerſalis vſus teſta-

Germanis ignota.

teſtamentorum inde probari nequit, et quod fauore *piarum cauſſarum* toleratum, vltra eas extendi non potuit, maxime inter nobiles et liberos, qui ne quidem in præiudicium heredum inter viuos dé quibuſcunque bonis diſponendi ius habuerunt. Prouocat SCHILTER. *in Pr. iur. Rom. exerc.* 38. §. 4. ad legem antiquam Saxonum *tit.* 14. §. 2. apud HEROLDVM *in antiq. leg. Germ. p. m.* 126. *nulli liceat traditionem hereditatis ſuæ facere præter ad eccleſiam vel regi, vt heredem ſuum exheredem faciat.* Non licuit ergo *heredi proximo* hereditatem auferre, quorſum tamen vſus teſtamentorum apud Romanos potiſſimum tendebat. Pariter nec apud Hæbræos tale quid permiſſum fuiſſe obſeruat SELDENVS *de ſucceſſ. in bona defunct.* hac regula vſus: *nemo poteſt alium inſtituere, præter eum, qui ex eis eſt, ad quos hereditas (iure communi) ſpectat, nec hereditatem ab hereditate funditus tollere.* Fuiſſe hanc inſtitutionem meram *hereditatis diſtributionem,* res ipſa declarat, vt nullus inde teſtamentorum vſus apud iudæos erui poſſit.

qui ſucceſſionem proximis heredibus interuertere non potuere.

§. II. Iuris Romani receptio et vſus in Germania plura innouauit, iuriumque antiquorum Germanicorum principia, a Romanis legibus diuerſa, admodum corrupit, ſummamque iurium incertitudinem introduxit. Duo mala in primis inde ſecuta, quorum *primum* eſt, quod contra morem antiquorum Germanorum *bona hereditaria* ſub diſpoſitionem teſtatorum hinc inde ceciderint, et his integrum fuerit, proximos heredes ab illis excludere; *alterum* vero, quod iis, quæ ex *iure Germanico* conſeruata, peregrina iuris Romani principia applicata, eaque argumenta, quæ mere *iuris Germanici* fuerunt, ex *iure Romano* contorte explicata fuerint. Ratio huius confuſionis non aliunde quærenda, quam quod ſolum

Receptio iuris Romani teſtamenta introduxit,

cum duplici iuris Germanici incommodo,

ius Romanum, vt *commune, & regulam* commendauerint interpretes, vnice in academiis traditum, prælectum, explicatum, ius Germanicum vero plane *neglectum* et obliuioni fuerit mandatum. Succeſſiones coniugum, quæ hodie in *pactis dotalibus conſtitui* ſolent, principiis iuris Germanici conueniunt, adeo vero a iure Romano diſcrepant, vt talia pacta nullum robur in foro Romano habuerint nec ſucceſſio ex iis delata fuerit. *l. 5. C. de pact. conu. ſup. dot.* Et tamen plerique talia *pacta ſucceſſoria* inter coniuges ex iure Romano, hiſce prorſus repugnante, explicant, argumenta aliena inde petunt, et concluſiones iuri Germanico aduerſas efformant. Argumentum videlicet ex *donatione m. c.* ad hæc pacta traxerunt, atque conſtituerunt, talia pacta eius vim obtinere, et ad inſtar *donationis m. c.* habenda, obſeruante STRYKIO *de ſucceſſ. ab int. diſſ. 8. c. 5.* §. 8. quæ tamen iure Romano non tantum reprobata, *l. 15. C. de pact.* ſed ita annullata ſunt, vt ne quidem in vim *m. c. donationis* ſubſiſtere queant. *l. 19. C. de pact.* Ita vero contra principia iuris Romani his vim donationis m. c. attribuerunt, idque *moribus* deberi aiunt, quod nullum aliud decidendi principium pleriſque in promtu fuerit. Inde vero collegerunt, 1) *quinque teſtibus* hæc pacta munienda eſſe, quod alias ſpeciem vltimæ voluntatis habere nequeant, quam ſolemnitatem ignorat ius Germanicum: 2) pacta hæc *reuocabilia* eſſe ad inſtar *donationis m. c.* teſte CARPZOVIO *p. 2. conſtit. 43. def.* 10. et teſtamenta contra ea ab vno coniugum facta præualere, iuxta doctrinam EIVSDEM *lib. 6. reſp.* 4. quod fidei Germanorum ſacratiſſimæ repugnat: 3) *titulo ſingulari* ſuo modo deuolui bona in coniugem ſuperſtitem, adeoque heredi ab inteſtato beneficium quartæ ex *lege* Falcidia non negan-

vt pacta ſucceſſoria coniugum doceant,

ex donatione m. c. erronee explicata.

negandum, HAHN. *de iure rerum concl.* 72. *n.* 10. *f.* quod hoc pactum ex *donatione m. c.* interpretandum ſit. Has erroneas concluſiones non potuit non producere erroneum iuris fundamentum in hac doctrina aſſumtum, quæ non ex *iuris Romani* principiis, quibus prorſus repugnat, ſed ex *iure domeſtico* et antiquo Germaniæ, quo ſucceſſiones etiam pactis deferuntur, idemque, quod apud Romanos *teſtamenta* præſtant, operantur, explicanda eſt. Hoc poſito palam eſt, pacta talia eſſe irreuocabilia ex natura ſua propria: teſtes non deſiderare niſi probationis cauſſa: denique hanc ſucceſſionem æque *vniuerſalem* ac teſtamentariam eſſe, adeoque detractioni nulli obnoxiam, quod *ſucceſſio ab inteſtato* quieſcat, vbi adeſt *pactitia*.

Pariter ius Romanum inepte applicatur ad pacta, quæ fideicommiſſaria dicuntur.

§. III. Hæc conſideratio me mouit, vt firmiter crederem, in *pactis familiæ*, quæ vulgo *fideicommiſſaria* dicuntur, eundem committi errorem, et minus recte hæc ex *iure Romano* deduci atque declarari. Interim eo ipſo, quo interpretes hæc pacta, inter illuſtres familias vſitatiſſima, vocant *fideicommiſſaria*, non poſſunt non in eam ire ſententiam, atque conſtituere, pacta fideicommiſſaria ex iure Romano vnice petenda, quod hoc ius vnice *fideicommiſſa* generauerit, Germanicum vero ignorauerit. Enim vero ante omnia examinandum erat, vtrum appellatio *fideicommiſſariæ qualitatis* ex ſolida rei veritate tributa his conuentionibus fuerit, an vero ex errore et hac præconcepta opinione, quod vnice ius Romanum in omnibus controuerſiis pro regula aſſumendum, extra illud vero nullum *commune* admitti poſſet. Id quod dum iam eruere atque euoluere conſtitui, ad hæc momenta primario hanc doctrinam reuocandam eſſe arbitratus ſum, vt 1) inqui-

inquirerem, vtrum in *iure Romano* tales conuentiones, fundatæ ſint? Id quod *capite I.* eruam: 2) an non potius vnice ex antiqua *iuris Germanici* doctrina æſtimari debeant? et 3) ob quam cauſſam illuſtres potiſſimum familiæ talia pacta ſibi rebusque ſuis conducere cenſuerint? id quod *cap. II.* expediendum eſt.

Fideicommiſſi natura generalis,

§. IV. Quod primum membrum concernit, palam eſt, fideicommiſſa inde dicta fuiſſe, quod fidei heredis vel aliter honorati in *vltima voluntate* a teſtatore committatur, vt alteri vel hereditatem vel rem ſingularem reſtituat, §. 1. *et ſ. I. de fideic. heredit. C. de inoff. teſtam. l.* 104. §. *apud de leg.* 1. *l.* 32. *C. ne fideic.* adeoque fideicommiſſa talia erant vel *vniuerſalia*, quibus hereditas tota vel pars hereditatis quota reſtitui iubetur; vel *particularia*, quibus res particularis, quæ legatis exæquata ſunt. §. 3. *I. de fideic. heredit.* ſicuti illa *ſucceſſionem* et ius *hereditarium* operantur. *l.* 40. *famil. herc.* Horum ad exemplum ſolent effigiari *fideicommiſſa conuentionalia* vti vocantur, atque definiri, quod ſint *fideicommiſſa nonnihil impropria, quibus quis alteri, aliquid per modum contractus ſeu conuentionis reſtituere rogatur,* vt tradit HARPRECHT *de fideic. conuent.* §. 3. vel etiam: ſunt pacta inter duos pluresue inita, quibus quis ſe adſtringit ad aliquid alteri poſt tractum temporis reſtituendum. Atque hæc etiam in *vniuerſalia* et *particularia* diſtinguuntur quamuis hæc magis in iure fundata credant, quam illa. In *particularibus* enim dumtaxat de rebus particularibus non de *ſucceſſione vniuerſali* vel *alicuius quotæ hereditatis* agitur, quæ ab interpretibus plerisque ſine difficultate admittuntur ex ſententia KNIPSCHILDII *de fideic. famil. c. 6. n.* 34. Aliter ſe rem habere credit IDEM *cit. l. n.* 35. in *pactitiis fideicommiſſis vniuerſalibus* ex com-

vt et pactorum, quæ fideicommiſſaria dicuntur;

quæ vel particularia,

vel vniuerſalia,

Digitized by Google

communi Dd. ſententia, quod pactis hereditas non detur, *l. 5. C. de pact. conu. l. 19. C. de pact.* exceptis illis, quæ inter principes, comites, barones, et nobiles ineuntur, *quæ *de generali conſuetudine Germaniæ* vim acceperunt, ſucceſſionemque fideicommiſſariam præſtant, vt IDEM *cit. l. num. 44.* ait. Neque ab hac diſtinctione recedere videtur HARPPRECHT. *cit. tr. §. 4.* diſtinguendo hæc *pactitia* fideicommiſſa in *deuolutiua* et *reuerſiua*, quorum illa dicuntur, quibus a tertio certa bona deuoluuntur; hæc vero, quæ in conſtituentis vtilitatem conſtituuntur atque huc tendunt, vt bona reuertantur v. c. ad filiam, quæ renunciauit futuræ hæreditati. Si enim hæc ſibi, extincta maſcula prole, regreſſum ad hereditatem vel partem ſibi ex hereditate paterna debitam reſeruauit, tali ſeruato regreſſu induci *fideicommiſſum conuentionale* perſuaſiſſimum habent, vt docet FROMMAN. *de exiſtent. condit. renunc. hered. reſeru.* cum KELLENBENZIO *de ſucceſſ. renunc. qu. 19. n. 28. ſq.* Id quod ſi verum eſt, tale fideicommiſſum erit *vniuerſale*, quia filia renunciauit *parti quotæ hereditatis*, ad quam, conditione exiſtente, ſibi reſeruauit regreſſum, vtut hoc neget HARPPREHT. *de fideic. conuent. §. 34.* Generalius adhuc et expreſſius IDEM *cit. l. §. 91.* vbi de *obiecto* horum pactorum agit, agnoſcit fideicommiſſa *vniuerſalia*, quæ potiſſimum *ſucceſſionem futuram* inter illuſtres intendunt, eamque in perpetuum confirmant.

vt vel reuerſiua teſtantur.

§. V. Primaria ſpecies horum *fideicommiſſorum* quæri ſolet in pacto inter illuſtres nobilesque vſitatiſſimo et frequentiſſimo, quibus id agitur, ne immobilia bona, maxime *auita*, vnquam extra familiam alienari queant, ſed vt ordine ſucceſſorio in perpetuum in proximiorem vel ſeniorem vel primogenitum deferantur, excluſa omni diſpoſitione tam inter viuos quam

Primaria ſpecies horum pactorum.

mortis cauſſa, qualia pacta pro conſeruatione familiarum inita *conſuetudine* eſſe recepta, agnoſcit KNIPSCHILD *de fideic. fa- mil. c. 6. n. 53.* additque *n. 55.* inter ipſos paciſcentes in vim *con- uentionis* efficaciam operari. Multo magis vero pactis his vigor pleniſſimus tribuendus erit, ſi conſtat, *conſuetudine* prouinciæ *fideicommiſſa* nobilium gentilia fuiſſe introducta, ex ſententia EIVSDEM *cit. l. n. 74.* quod tunc pactis his conſuetudo tantum corroboretur. Latius ergo ex hac ſententia patent in Germa- nia *fideicommiſſa*, quam in ipſo Latio, cui talia *fideicommiſſa conſuetudinaria* prorſus ignota fuerunt, quamuis *gentilitia bona* etiam in ſummo pretio habuerint, vt hac de cauſſa cognatos a ſucceſſione excluſerint.

Status contro- uerſia, ex quo iure hæc pacta æſtimanda.

§. VI. Dari ergo talia pacta, eaque in foris Germaniæ habere ſuam efficaciam, plerique concedunt; quo iure vero hæc legitimentur, id ipſum eſt, quod plerorumque ingenia tor- ſit. Ait non ſine ratione HARPPRECHT *cit. l. §. 5. Cauſſa effi- ciens remota horum fideicommiſſorum an leges Romanæ an mores moderni ſint, difficillima profecto ſub iudice lis eſt.* Creſcit hæc difficultas potiſſimum ex eo, quod conceptus *morum hodierno- rum* valde ambiguus, incertus, et ita comparatus ſit, vt vix in- telligi queat, quale fundamentum *mores moderni* habeant? an ius quoddam recentius contra ius Romanum introductum de- notent, an vero *ius antiquum Germaniæ*, quod ab omni æuo a- pud Germanos obtinuit? vtrum *uniuerſales* hi mores ſint, an *particulares?* Vt ergo certum fundamentum hic ſubſtituam, li- ceat ita ſtatum controuerſiæ formare: vtrum hæc pacta, quæ *fi- deicommiſſaria* vulgo appellantur, fundamentum aliquod habe- ant *in iure Romano?* an vero vnice ex *antiquo iure Germanico* deriuanda ſint, atque inde quoque æſtimanda, ſepoſito omni conceptu *fideicommiſſorum* vtpote iuri Romano dunta-

xat

Digitized by Google

xit propriorum? Etenim ſi euicero, iure Romano *fideicommiſſa pactitia* non dari, palam eſt, ea pacta, quæ vulgo *fideicommiſſaria* appellantur, non eſſe *fideicommiſſaria*, nec ex doctrina de *fideicommiſſis*, ſed ex *iuris antiqui Germanici ſcitis*, quod fidem in pactis ſanctiſſimam eſſe voluit, declaranda. Ita enim manifeſtum redditur, Germanos talia pacta admiſiſſe ſeruarique voluiſſe, antequam inſtituta *peregrini iuris* reciperentur, quod abſque inſigni confuſione applicare nequit ad *inſtituta domeſtica*, a quibus ius Romanum abhorret.

§. VII. Dari talia *fideicommiſſa conuentionalia*, ad minimum *particularia*, per modum contractus *inter viuos* conſtituti, inde plerique probant, quia (I) mediante *donatione* inter viuos *modali* conſtitui poſſunt, prout declarant imperatores in *l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* vbi caſus talis proponitur, Sempronia ædes donauerat Lucio, vt *poſt tempus* eas ſorori donatricis Marcellæ reſtitueret. Marcella cum donatario haud ſtipulata erat de re donata ſibi poſt tempus reſtituenda, ſed hæc conuentio dumtaxat inter donantem et donatarium inita, adeoque quæſitum fuit, ſi donatrix, cui Marcella non ſucceſſerat, mortua fuerat, vtrum, tempore exiſtente, Marcella donatum repetere poſſit? vel etiam ſi donatrix adhuc viuat, vtrum hæc tantum agere queat, an vero etiam Marcella? vtrumque caſum enim in *cit. l.* ſupponendum eſſe, ſuadent ſequentia verba: *veteris iuris auctoritate reſcriptum eſt - - placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit* (ſi hic adhuc in viuis eſt) *vel heredibus eius* (ſi antequam dies venerit donator deceſſerit, cui tertius, in *modo* deſignatus, non ſucceſſerat) *condictitiæ actionis perſecutionem competere.* Iure veteri ergo ex *donatione modali* non agebat tertius, cui reſtitutio facienda erat, ſed, vel ipſe do-

Primum fundamentum horum fideicommiſſorum lex l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.;

quæ illuſtratur

ex iure veteri,

donator, vel *heres* eius, et quidem *condictione cauſſa data cauſſa non ſecuta*, quia hic aderat *conuentio modalis*, in qua *modo non ſecuto* repetitio locum habebat, niſi forſan *ſolenni ceſſione* hæc condictio in *tertium*, ſeu in caſu adducto in *Marcellam*, tranſlata fuiſſet, quia tunc ex *iure* ceſſo agebatur. Addunt vero imperatores in *cit. l.* anno 290. edita: *ſed cum poſtea benigna iuris interpretatione Diui Principes ei, qui ſtipulatus non ſit, vtilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiſerint, actio, quæ ſorori tuæ, ſi in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.* Ius antiquum tali caſu *ceſſionem ſolennem*, inter *præſentes* tantum peragendam, deſiderabat, qua quis dominium alienæ actionis acquirere poterat, teſte VLPIANO *in fragm. inſtit. tit. 19. §. 9. ſqq.* qua facta, Marcella agere potuiſſet *directa* actione. Enim vero quia huiuſmodi *ceſſiones* variis obnoxiæ erant difficultatibus, quod per *procuratorem* expediri et ſic vno alteroue abſente locum habere non poſſent, conſtitutione D. Pii rigor antiquus temperatus fuit, vt *ſola voluntas*, cedere ius ſuum volentis, ſufficeret, licet nulla *ſolemnis ceſſio* interueniret, ac ſi *ceſſio* re vera facta fuiſſet, idque ex *æquitate naturali*, quæ in *voluntate* eius, qui ius ſuum in alterum transferre deſiderat, acquieſcit; *§. 40. de rer. diuiſ.* quo intuitu actio *vtilis* vocatur. *l. 16. de pact. l. 7. 8. C. de act. vel hered. vend. l. 2. C. de oblig. et act.* Id euidenter indigitant verba *cit. l. 3. iuxta donatoris voluntatem*, atque declarant, ceſſione heredum eo caſu opus non eſſe, ſed nihilominus Marcellæ dari *condictionem cauſſa data cauſſa non ſecuta*, ac ſi ceſſio huius actionis ſolemniter facta fuiſſet.

ex iure nouo.

§. VIII. Enim vero nihil minus quam *fideicommiſſum* quoddam in *cit. l.* deprehenditur, quod recte agnoſcit atque fatetur B. STRY-

Quod vtilitur.

B. STRYKIVS *de ſucceſſ. ab int. diſſ. 7. c. 1. §. 6.* quamuis plerique interpretes omne fere præſidium in ea quærant, quin SCHILTERVS *in Pr. iur. Rom. ex. 40. th. 47.* eouſque progrediatur, vt fideicommiſſum ab imperatoribus deſignatum fuiſſe aſſerat in verbis: *placiti fide*, quæ formula tamen tam vulgaris et decantata eſt, vt commune fundamentum *obligationis* omnium pactorum deſignet. *l. 1. pr. de pact.* Vmbra quædam *fideicommiſſi* in hac donatione adeſt, non fideicommiſſum, quod ſola *vltima voluntate* conſtituitur, adeoque nec ab imperatoribus traditum eſt, hic adeſſe fideicommiſſum, quamuis conuentio hæc, de re donata poſt tempus certum tertio reſtituenda, *ſimile* quid cum *fideicommiſſis* continere videatur, quod tamen *identitatem rei* non euincit. Alioquin etiam *fideicommiſſum* tale ex *l. 26. pr. depoſ.* conſtrui liceret, in qua deponens hanc legem depoſitario in id conſentienti dixerat: *ſi in itinere aliquod mihi humanum contigerit, arcam clauſam filio meo, quem ex alio marito ſuſcepi, reſtituas*, quod tamen nec PAVLVS aſſerere auſus eſt, ſanioribus principiis imbutus, nec facile interpretes, depoſito huic *fideicommiſſum* ineſſe, conſtituent, quia alioquin infinita *fideicommiſſorum* praxis in quibuſcunque contractibus apud Romanos fuiſſet. Etenim (α) ſi in tali pacto adiecto fideicommiſſum adfuiſſet, fruſtra dubitatum fuiſſet, an tertius, cui ex *voluntate contrahentis* res reſtituenda, agere poſſet, quia fideicommiſſario *ius indubium* competit. Et ſi quidam forſan dubitaſſent de eius validitate, rationes *decidendi* et *dubitandi* tamen aliæ adferri debuiſſent, quam quæ allatæ ſunt. In *donatione* enim *ſub modo* imperatores decernere debuiſſent, quamuis iure veteri *fideicommiſſa* pactis conſtitui non potuerint, ex *æquitate* tamen hæc debuiſſe admitti, et re vera admiſſa fuiſſe.

Ex variis rationibus.

 Id

Digitized by Google

Id vero imperatores non produnt, nec mentionem *fideicommiſſi* iniiciunt, ſed rationes *dubitandi et decidendi in l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* aliunde petunt, vt §. *præced.* perſpicue euictum eſt. (β) Fideicommiſſa apud Romanos erant vnice *vltimæ voluntatis* negotium, *l. 31. pr. de m. c. donat.* ſicuti legata, adeoque ſicuti hæc per contractum haud conſtituebantur, ita nec illa, præſertim poſtquam exæquata ſunt. Alioquin eodem iure dicere poſſes, etiam *legata* per *contractum* conſtitui, vtpote ſi ſoror fratri omnia bona donaſſet, eique hanc legem impoſuiſſet, vt mille thaleros ſolueret ſtatim ſorori natu minori; quis vero hanc præſtationem vocaret *legatum* per *contractum* relictum? quamuis æque vt legatum gratuitam præſtationem contineat, et ex *vniuerſitate* donantis debeatur. (γ) Si *fideicommiſſi ius* per donationem inter viuos conſtitutum in *cit. l. 3.* deſignatum foret, Marcella ſoror donantis *non vtilem condictionem cauſſa data cauſſa non ſecuta*, quaſi ex *ceſſione ficta* donantis, ſed nouam et ex *fideicommiſſo* quæſitam actionem mouere debuiſſet. Nouum enim ius tunc produxiſſet hoc fideicommiſſum reſpectu tertii, cui illud reſtituendum, qui licet haud concurrerit ad donationis huius negotium, habuiſſet tamen donatarium obligatum *quaſi ex contractu*, quod *voluntatem donantis* agnouiſſet in ipſa traditione declaratam, et ita quaſi contraxiſſet cum Marcella, de bonis donatis poſt certum tempus reſtituendis; ſicut legatarius *accipiendo* legatum obligatur ad fideicommiſſum, quo legatum grauatum eſt, quod accipiendo in *præſtationem fideicommiſſariam* conſenſiſſe videatur. At vero hoc modo rationes non ſubduxere imperatores, adeoque nec *vmbram fideicommiſſi* in eo agnouerunt. Et quia (δ) fideicommiſſariis generatim cautio præſtanda eſt, *t. t. vt legat. et fideic. cauſ. cau.* potuiſſet

fuiſſet aeque Marcella ſuo iure a donatario cautionem exigere, ſi *fideicommiſſo* grauatus fuiſſet, quod iterum haud indicatur in *cit. l. 3.* Praeterea (ε) his admiſſis fideicommiſſis imaginariis, palam foret, fideicommiſſa iam fuiſſe ante AVGVSTI tempora, ſeu antequam eorum vſus cognitus fuiſſet. Eiuſmodi enim *donationes modales* vel cum ipſis *donationibus* naſci potuerunt, cum naturale ſit, quemlibet rei ſuae qualemcunque legem dicere poſſe, maxime quam gratis in alterum transfert. Accedit (ζ) quod concipi nequeat fideicommiſſum per rerum naturam, quod *viuente donante* effectum habere poteſt. Tale quid vero contingere potuit in donatione illa, quae in *cit. l. 3. C. de donat. quae ſub mod.* deprehenditur. Facta erat donatio ſub modo hoc, vt donatarius *poſt certum tempus*, veluti decennium, rem donatam reſtitueret Marcellae. Viuente adhuc donante decennium abiit, et reſtitutio facienda, ex voluntate donantis, quae diſpoſitio a *fideicommiſſo* longe abhorret. Neque aliud dicendum, ſi donatio facta hoc modo fuiſſet, vt donatarius *poſt mortem ſuam* Marcellae rem donatam reſtitueret, cum etiam hic caſus, *viuente donante*, contingere potuit, *fideicommiſſa* autem ad *vltimarum voluntatum* ſpecies pertineant, et demum moriente fideicommittente vim accipiant. Denique (η) fideicommiſſa ſua natura *reuocabilia* eſſe notum eſt, quale quid de *donatione praedicta* aſſeri nequit, poſtquam ex conſtitutione D. PII tertio, cui reſtitutio *poſt tempus* facienda eſt, ius ex *voluntate donantis* quaeſitum, quod ei inuito eripi nequit, quod agnoſcit ANTON. FABER *de error. pragmatic. dec. 47. error. 10. n. 8.*

§. IX. Alterum praeſidium huius ſententiae II) quaeritur in *tacitis fideicommiſſis* olim tunc vſitatis, quando teſtator hereditadita-

Secundum fundamentum petitur

ex fideicommiſſis antiquis tacitis.

ditatem ei, qui heres eſſe non poterat, ſed incapax erat, ab herede inſtituto reſtitui deſiderabat, in *fraudem legum.* Solebat enim teſtator heredem *pacto* obſtringere de hereditate illi poſt mortem reſtituenda, qui capere ex teſtamento non poterat, vt docet §. *1. I. de fideic. hered.* quod *fideicommiſſum* ideo *tacitum* vocabatur, quod *occulte* et *clandeſtine* res inter teſtatorem et heredem ageretur in fraudem legis. Teſtis eſt IVLIANVS in *l. 103. de leg. 1.* aiens: *in tacitis fideicommiſſis fraus legi fieri videtur, quoties quis neque teſtamento neque codicillis rogaretur, ſed domeſtica cautione vel chirographo obligaret ſe ad præſtandum fideicommiſſum ei, qui capere non poteſt.* Sed etiam hoc momentum lubricum eſt.

Reiicitur

Etenim 1) certum eſt, tales *clandeſtinas conuentiones* robur nullum habuiſſe, quod agnoſcit imperator in §. *1. cit.* quia in fraudem legis fiebant. 2) Reprobatis his *clandeſtinis fideicommiſſis*, illa probata demum edicto AVGVSTI, quæ in *teſtamento* vel *codicillis*, bona fide, non in fraudem legis fiebant, ex quorum valore omnem ſuam ſortiebantur efficaciam.

et illuſtratur ex l. 46. de hered. inſtit.

AFRICANVS in *l. 46. D. de hered. inſtit.* ex hoc principio hanc format deciſionem: *quidam cum filium familias heredem inſtituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quidquam perueniret, voluntatem ſuam expoſuit filio,* quem inſtituere hunc in finem volebat ſub conditione: ſi a patre emancipatus eſſet. *Filius cum patris offenſam vereretur, petiit a teſtatore, ne ſub conditione: ſi a patre emancipatus eſſet, heredem eum inſtitueret: atque ita teſtamento amicus filii, ignotus teſtatori, heres inſtitutus, nec quicquam ab eo petitum eſt.* Deficiebat ergo *fideicommiſſum, expreſſe relictum*, licet amicus filiofamilias promiſerit, ſe hereditatem aditurum et reſtituturum. Quærebatur ergo, *ſi ille amicus aut adire nollet, aut aditam nollet reſtituere hereditatem,*

an

an fideicommiſſum ab eo peti poſſet, aut aliqua actio aduerſus eum eſſet, et vtrum patri an filio competeret? Reſpondit ICtus: *etiamſi manifeſtum ſit, ſcriptum heredem fidem ſuam interpoſuiſſe, non tamen aliter ab eo fideicommiſſum peti poſſe, quam ſi et ipſum teſtatorem fidem eius ſecutum eſſe probaretur* h. e. ſi ab eo pariter promiſſionem acceperit, de hereditate reſtituenda. Ex teſtatoris enim *voluntate* ac *diſpoſitione* fideicommiſſi efficacia *primario* pendebat. Quodſi ergo teſtator *fidem heredis ſecutus*, eum inſtituerat, fideicommiſſo ipſo facto eum grauauerat, licet in teſtamentum *rogationem* omiſiſſet, quod ſufficeret heredi voluntas teſtatoris aliunde cognita, ſub qua teſtator inſtitutionem ſuam intelligere voluit. Citra *teſtamentum* tamen ſeu *vltimam voluntatem* hoc caſu vim non habuit, adeoque, hac nulliter facta, *fideicommiſſum conuentionale* inde colligi nequit, vtpote quod *inter viuos* dumtaxat citra *vltimam voluntatem* peragi dicitur. Immo ſi nihil ſeorſim actum inter teſtatorem et heredem, amicus tamen a filio familias rogatus fuerit, vt adiret, et reſtitueret *patrifamil. facto* hereditatem, idque amicus receperit, obligationem *mandati* adeſſe cenſuit ICtus, ex quo filius fam. ſui iuris factus, agere, et heredem ad reſtitutionem compellere poterat, id quod rurſus *ſine vltima voluntate* concipi nequit, ſine qua tamen communiter concipitur *fideicommiſſum pactitium*. Eundem in ſenſum accipio *l. 1. C. de delat. lib. 10. ſi ei qui capere poteſt, tacitum fideicommiſſum relictum eſt* (quod *clandeſtina conuentione* inter teſtatorem et heredem ex alia cauſſa, quam in fraudem legis, peragi poterat) *ceſſat delatio. His enim prohibetur tacite relinqui, qui palam relictum capere non poſſunt.* Rurſus non in *nuda conuentione*, ſed in *vltima voluntate* fideicommiſſum fundatum eſt, eaque deficiente, effectum nullum habe-

Item ex l. 1. C. de delat.

habebat; quid? quod vnice ex teſtatoris *voluntate* dependeret, quæ *mutabilis* etiam hoc caſu erat, nec fideicommiſſarius aliquod ius inde nanciſcebatur, niſi poſt mortem teſtatoris; quod tamen de hodiernis *pactis familiæ*, quæ ad *fideicommiſſum* quodammodo inclinant, aſſeri nequit, quæ *vinculum indiſſolubile* inducunt, vt *c. ſq.* oſtendam. Sed ponamus, tale pactum interueniſſe, cuius mentionem facit VINNIVS *ad I. §. 1. num. 1. de fideic. heredit.* quo ciuis Romanus, in peregrinatione exiſtens, ſolemne teſtamentum facere haud poterat ob teſtium penuriam, atque hinc cum legitimo herede ſuo paciſcebatur, vt alteri capaci reſtitueret hereditatem. Ante AVGVSTI tempora talem conuentionem viribus caruiſſe, expeditum eſt; immo poſtquam AVGVSTVS confirmauit fideicommiſſa, ad minimum tamen *codicilli*, ad heredem ab inteſtato directi, deſiderabantur, ex quibus petere et probare poſſet fideicommiſſarius vltimam defuncti voluntatem, adeoque ex his omnem vim ſuam habebat talis conuentio, ſine eis haud valitura; §. *10. I. de codic.* ne ſolis pactis contra iuris Romani principia deferatur hereditas. Hoc ipſum manifeſtius indicat imperator in §. *12. I. eod.* oſtenditque, *a fide heredum* fideicommiſſa primitus dependiſſe, quod *fidem* defuncto dederint de hereditate reſtituenda; inde vero nouum efformat ius, conſtituitque, vt etiam fideicommiſſa valerent, ſi defunctus præſenti heredi iniunxerit, vt hereditatem reſtitueret, citra *teſtamentum* et *codicillos ſcriptos.* Recte enim cenſuit, talem diſpoſitionem eſſe *codicillos non ſcriptos*, defectu teſtium quidem laborantes, ſed ex voluntate defuncti heredi manifeſtata ſuſtinendos, adeo, vt ne quidem pactum hoc caſu deſideraretur, ſed ſufficeret ſola defuncti *declaratio voluntatis*, in ſe tamen mutabilis. Hoc indicant verba *cit.* §. *12.* in quibus heres in

Quid ſi omnis deſit vltima voluntas?

Quid ſi præſenti heredi iniungatur reſtitutio?

in hæc verba iurare iubetur: *quod nihil tale a teſtatore audiuerit;* non vero, *quod nihil tade teſtatori promiſerit*, id quod alioquin fieri debuiſſet, ſi ex pacto quoque vim ſuam accepiſſet tale fideicomiſſum.

§. X. Inde vero fluxit decantata iuris Romani doctrina, *nudis pactis non poſſe hereditatem dari*, deficiente ſcilicet omni voluntate vltima. Sedulo ſemper diſtinguebant inter negotia, quæ *ſucceſſionem* quandam *poſt mortem* deſignarent, et quæ meram *inter viuos* conuentionem. Hæc admittebant, quatenus aliunde vitium non habebant, atque ex regulis ſuis propriis, longe ab *vltimis voluntatibus* abludentibus, interpretabantur, adeo vt, licet ad vltimas inclinarent diſpoſitiones, harum nomina tamen illis non tribuerent, nec ex regulis earum æſtimarent. Id in præcedentibus declaratum eſt exemplo donationis modalis, *vt poſt reſtituatur*, quæ, quia *obligationem ad reſtituendum poſt tractum temporis* continebat, et ad *fideicommiſſum particulare* inclinabat, non tamen tale erat, ſed ex *obligationis modalis* propria natura æſtimabatur, et vt actus *inter viuos* habebatur. Plures ſimiles caſus occurrebant in quotidiano vſu, qui ſemper ab vltimis voluntatibus ſedulo ſeparati ſunt. Huc enim etiam referri poterat exemplum *l. 122.* §. *1. in f. D. de V. O.* de eo, qui donauerat ſeruum, vt paullo poſt manumitteretur. Ineptus in foro Romano fuiſſet, qui tali ſeruo *fideicommiſſariam libertatem* tribuiſſet. Inde vero ICtus concludit: α) donantem donatarium ex *ſtipulatu* conuenire poſſe, ad modum implendum, vel etiam ad ſeruum reddendum: β) pœnam adiectam exigi potuiſſe, a qua tamen debitor liberabatur, præſtita libertate: γ) donante vel eius herede agere ceſſante, ſeruum ipſum agere potuiſſe, vt ſibi libertas præſtaretur ex noua doctrina Diui PII, antea §. *VII.* tradita; eſt enim auctor huius legis CERBIDIVS

Ignorat ius Romanum ſucceſſionem pactitiam.

Sed tantum pacta inter viuos de rebus ſingularibus.

SCAEVOLA, qui poſt exceſſum MARCI ANTONINI et COMMODI floruit, nouæ conſtitutionis D. PII optime memor. Quod ergo DIOCLETIANVS de iure contrario veteri memorat, ad SCAEVOLAM applicari nequit, iuris quoque noui interpretem, ſed ad eam iurisprudentiam referendum, quæ ant[illegible] PII tempora exculta eſt, vt AVLISIVS *tom.* 2. *tit. de donat. p.* 378. inſulſe DIOCLETIANO, auctori *l.* 3. *C. de donat. quæ ſub mod.* obiiciat, eum hac in re *falſum* fuiſſe.

Succeſſiones in pactis determinatæ nullius momenti erant,

§. XI. Quæ vero negotia *ſucceſſionem in vniuerſum ius defuncti* inuoluebant, propriis erant expedienda modis, per *contractus* autem vel *conuentiones* inita vim nullam habebant. Auctor eſt VLPIANVS *in l.* 52. §. 9. *pro ſoc.* ſocietatem maxime omnium bonorum non poſſe vltra mortem porrigi, indeque infert, α) neminem poſſe libertatem de ſupremis iudiciis hoc modo conſtringere, quod fieret, ſi actum fuiſſet, *vt heredes ab inteſtato, non alii, continuarent hereditatem:* β) non poſſe ſocium in hoc contractu cognatum vlteriorem proximioribus præferre, quod fieret, ſi pactum hoc adiectum fuiſſet, vt cognatus vlterior ſocietatem continuaret, quia hac via per *contractum* ſucceſſio in eum deuoluta fuiſſet, quod iura non permittebant. Pariter in *l.* 15. *C. de pact.* pactum tale refertur, quo cautum erat, *vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, qua nubebat, cum fratre heres patris ſui eſſet.* Hoc pactum vero nullam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi patri valuiſſe auferre, imperatores reſcripſerunt. Multo minus ergo valebat pactum cum herede futuro initum, vt bona ſecundum ordinem ſucceſſionis in perpetuum in eius heredes deuoluerentur, nec a quouis alienari aut grauari poſſent, vt grauiſſimi interpretes ab HAR-

PRECHTO

PRECHTO *de fideic. conuent.* §. 31. excitati teſtantur. Quamuis enim prælaudatus HARPRECHTVS *cit. l. n.* 30. arbitretur, hoc pactum de reſtituenda alteri hereditate ſub prohibitione legis non contineri, ſed aliud eſſe, *dare alicui pactis hereditatem*, aliud vero, *pacto id agere, vt alteri hereditas reſtituatur*; palam tamen eſt, hanc diſtinctionem ſecundum iuris Romani doctrinam omni deſtitui fundamento, quo *pactis* libertas iudiciorum ſupremorum conſtringi nequit, nec hereditas in aliquem *quouis modo* deuolui, vt *cit. l.* 52. §. 9. *pro ſoc.* docuit. Etenim ſi pactum tale iuri Romano non aduerſatur, non tantum reſtringitur *libertas teſtandi* in herede primo per pactum, quod non licuit; ſed etiam re vera hereditas a paciſcente per pactum in eum transfertur, vel ei *ex pacto* datur, in cuius fauorem tale pactum adiectum eſt. *Dari* enim tertio a me etiam id intelligitur, quod a tertio ei poſt certum tempus *reſtituendum* eſt.

nec fideicommiſſa ſucceſſiua pactis expreſſa.

§. XII. Ex hac ratione *iuris Romani* facile ſuperari poſſunt omnes ſcopuli, quos offendunt interpretes in *l.* 38. §. 7. *de leg.* 3. Mater filios ſuos ſcripſerat heredes, adieceratque: *prædia, quæ ad eos ex bonis meis prouentura ſunt, nulla ex cauſſa abalienent, ſed* CONSERVENT SVCCESSIONI SVAE, *deque ea re ſibi inuicem* CAVERENT. Ex his verbis quæſitum eſt, *an prædia per ſideicommiſſum relicta viderentur?* Reſpondit CERBIDIVS SCAEVOLA: *nihil de fideicommiſſis proponi.* DETLEVVS LANGEBECK *in nou. annot. ad aliquot leges c.* 16. (*tom.* I. *theſaur. iur. Rom. p.* 557.) cenſuit, fideicommiſſi nomine *filios inſtitutos* non fuiſſe obligatos, idque ICtum intendere, ſed tantum *liberos eorum* inter ſe, quod de his tantum teſtator cogitaſſe videatur. Hoc collegit ex verbis: *conſeruent ſucceſſioni*

Interpretatio l. 38. §. 7. *de leg.* 3.

Langebeckii interpretatio reiicitur.

 ſuæ,

ſuæ; adeoque reſpectu horum *fideicommiſſum* adeſſe arbitratus eſt prorſus. Id vero et quæſtioni et deciſioni ICti repugnat: vtraque *indefinita* eſt: et quidem quæſtio: *an prædia per fideicommiſſum relicta videantur?* pariter etiam reſponſio: *nihil de fideicommiſſo proponi.* Quæſtio etiam ad *liberos* filiorum inſtitutorum applicari poterat, et quidem *primario*, quorum intuitu hæc clauſula adiecta erat, et tamen ICtus *indefinite* aſſerit, nihil de fideicommiſſo proponi, ſeu fideicommiſſum non adeſſe. Rectius cenſuit ANTON. FABER *de err. pragm dec.* 47. *err.* 10. *n.* 5. *ſqq.* indubie fideicommiſſum adfuiſſe, ſi teſtator in hac diſpoſitione acquieuiſſet: *prædia ex nulla cauſſa abalienent ſed conſeruent ſucceſſioni ſuæ*, quia ſic teſtator indigitaſſet, hanc prohibitionem ea mente factam fuiſſe, vt *ex teſtamento* bona ſucceſſoribus reſtituerentur. Quia vero mater adiecerat: *deque ea re ſibi inuicem* CAVERENT, palam erat, matrem noluiſſe liberos ſuos *teſtamento* obſtringere ad bona illa reſtituenda liberis ſuis, id quod alias ei integrum fuerat, ſed magis *pacto mutuo ineundo* id reſeruaſſe, atque præcepiſſe, vt *tale pactum* de bonis poſt mortem ſucceſſoribus ab inteſtato in perpetuum reſtituendis vel *ſucceſſioni ſuæ reſeruandis* inirent, quod per leges Romanas non licuit. Reſpondebat ergo ICtus, prorſus non adeſſe fideicommiſſum: non *ex teſtamento*, id quod mater non intenderat, nec volebat: nec *ex pacto*, vtpote quod inane nec obligatorium erat, maxime quod de *ſucceſſione perpetua* in illa prædia in his eſſet agendum. Quocirca calculum adſcribere nequeo HARPRECHTO *cit. l.* §. 9. *n.* 19. credenti, in *cit. l.* 38. pacta *de hereditate reſtituenda* non improbari, quæ tamen aperte eo ipſo improbantur, quo *fideicommiſſi* exiſtentia negatur, quo deficiente, *cautio* filiis iniuncta

Fabri deciſio laudatur,

ex prohibita pactitia ſucceſſione deſumta.

Harprechti ſententia examinatur.

Digitized by Google

iuncta otioſa et inanis erat. Addit ICtus prælaudatus, rationem decidendi fuiſſe, quod illa conuentio ſeu cautio a matre teſtatrice exacta notiſſimos fideicommiſſi terminos exceſſerit, et nomen *fideicommiſſi* non meruerit, ſic vt filiis non tam ex *teſtamento*, quam ex *conuentione* prædia deberi, ICtus pronunciauerit. Quis vero crediderit, Scæuolam de *re ipſa* interrogatum, de *nomine* dumtaxat reſpondiſſe, et nodum in ſcirpo quæſiuiſſe? admiſiſſe quidem hanc diſpoſitionem, ſed *fideicommiſſum* in ea latitare noluiſſe? immo dum negauit in ea *fideicommiſſum* haud propoſitum eſſe, ſimul quoque negauit, heredes obligari ad *cautionem* ſibi iniunctam praſtandam, et quemlibet libere de ſua rata diſponere potuiſſe. Neque enim liberi a matre per teſtamentum ad id poterant adſtringi, quod legibus aduerſum erat, quodque hæ damnabant, ſcilicet, vt inter ſe *pactum de futura ſucceſſione mutua* inirent. Ab hoc longe differebat *cautio* fideicommiſſorum nomine ab herede fideicommiſſario præſtanda, et ex *edicto prætoris exigenda*, vnde et *prætoria* dicta fuit. Hæc accedebat fideicommiſſo per *teſtamentum* iam ordinato, nudæ *ſecuritatis* gratia, et formulam quidem a prætore accipiebat, *l.* 1. *in f. l.* 9. *de prætor. ſtipul.* nihil tamen impediebat, quo minus ipſe teſtator formulam huius cautionis in *teſtamento* determinare poſſet, quod nihil contra leges diſponeret, ſed edicto prætoris ſancita ſequeretur, eiusque formulam dumtaxat præſcriberet. Tale quid factum fuiſſe in caſu a ICto in *l.* 32. *ad SC. Trebell.* tradito, res ipſa loquitur. *Baliſta filium familias heredem inſtituit ita: Rebellianus, ſi cauerit, coloniæ Philippenſium, ſi ſine liberis moriretur, quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum peruenerit, eam pecuniam omnem ad coloniam Philippenſium proucuturam,* Ita *formulam cautionis*

Cautio fideicommiſſaria non operatur pactum ſucceſſorium,

licet formulam teſtator concepiſſet.

nis concipiendam eſſe intuitu fideicommiſſi, quod a Rebelliano coloniæ Philippenſium præſtandum erat, teſtator voluit, adeoque in hoc caſu obligatio reſtituendæ hereditatis Rebelliano iam in teſtamento iniuncta erat, et quia teſtator nouerat, heredem eo nomine *cauere* debere, formulam *cautionis* ipſe concipiebat, de cuius mente ICtus in *cit. l.* ſollicitus eſt, nec dubitat, quin verum ſubſit fideicommiſſum, non *ſimplex conuentio* quamuis hoc viſum fuerit ANTONIO FABRO *cit. l. n. 6.* Non idem dici poterat de caſu priori *cit. l.* 38. §. 7. in qua mater haud intenderat, *formulam cautionis* concipere, ſed potius iuſſerat, vt liberi inſtituti *pactum mutuæ ſucceſſionis* inter ſe inirent, prout ipſa verba indigitant, quod vim nullam habebat.

Pacta ſucceſſoria iure Romano reprobata.

§. XIII. Pactum de *mutua ſucceſſione* itaque prorſus inane apud Romanos fuiſſe, dubium nullum habet. Ita diſerte reſcripſerunt DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS in *l.* 19. *C. de pact. inter priuatos huiuſmodi ſcriptum, quo comprehenditur, vt is, qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis cauſſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendit.* Solos milites excipiunt, qui quocunque modo poſſunt et volunt, voluntatem ſuam, ſupremam declarare queunt, adeo vt is, qui ſuperuixerit, hereditatem prædefuncti capiat, quaſi ex vltima eiuſdem voluntate per *cit. l.* 19. Iidem imperatores in *l.* 4. *C. de inutil. ſtipul.* denuo hoc repetunt: *ex eo inſtrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de ſucceſſione futura interpoſita fuit ſtipulatio, manifeſtum eſt: cum omnia, quæ contra bonos mores vel in pactum vel in ſtipulationem deducuntur, nullius momenti ſint.* Tale quid vero etiam contingit *in fideicommiſſis perpetuis vniuerſalibus,* quibus pacto mutuo inter agnatos id agitur, ne quiſ-

Digitized by Google

quiſquam bona extra familiam alienet, ſed in perpetuum *ſucceſſioni ordinariæ* conſeruet, omni ſublata teſtamenti factione; vel quando inter non conſanguineos id agitur, vt, qui ſuperuixerit, præmorientis hereditatem capiat. Quod adeo verum eſt, vt ne quidem inter coniuges in *pactis dotalibus* ſucceſſio ordinari queat, quod hereditas extraneis *teſtamento* detur *l. 5. C. de pact. conuent.* Hoc vero poſito, nemo ad implendum promiſſum hereditatis propriæ pollicitatione adſtringi poterat, *l. 34. C. de tranſact.* quæ omnia euidenter demonſtrant, talia pacta, quæ de *mutua ſucceſſione* ineuntur, iuri Romano aduerſari, id quod tamen in iis *pactis familiæ* intenditur, in quibus de bonis ſibimet inuicem poſt mortem in perpetuum reſtituendis agitur. Concludo itaque, pacta huiuſmodi, quæ *fideicommiſſaria* appellantur, ſecundum ius Romanum vel non eſſe *fideicommiſſaria*, vt in caſu *l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* vel ſi de *vniuerſis bonis* ineuntur, nullius prorſus momenti eſſe, nec præſidium aliquod hoc iure habere.

CAPVT II.

DE FVNDAMENTO PACTORVM AD FIDEICOMMISSVM INCLINANTIVM EX IVRE GERMANICO.

ARGVMENTVM.

§. I. *Fideicommiſſorum conuentionalium obligatio moribus deberi dicitur. II. Rectius vnice ex iure Germanico interpretanda. III. Principia iuris Germ. in hac doctrina. IV. Pactorum ſucceſſoriorum obligatio ex legibus Germ. euincitur. V. Iuri Germ. diſpoſitio de bonis hereditariis improbata. VI. Filiarum iure Germ.*

non alia niſi ſubſidiaria ſucceſſio, ne legitima quidem excepta. VII. Ad quæ iuris Germ. principia vt aduerſus Ius Rom. ſeruarentur, pacta familiæ condita ſunt. VIII. Vnde pacta inita de ſucceſſione filiabus deneganda et de bonis non alienandis: IX. quæ vnice ex iuris Germ. principiis diiudicanda. X. Valent in fauorem tertii, nec principis conſenſum deſiderant. De ſenſu formulæ: bis zum ledigen Anfall. XI. De bonis immobilibus valide ineuntur: et a muliere abſque curatore: ceſſante iure accreſcendi, et quartæ detractione, ius perfectum in heredes tranſitorium, et irreuocabile tribuunt, omnemque alienationem impediunt.

§. I.

Plerique valorem horum pactorum ex moribus deducunt,

Aliud fundamentum, quod pacta huiuſmodi ad fideicommiſſum inclinantia ſuſtentat, iam eruendum, quod plerique etiam agnoſcunt, docentes, vim et iuſtitiam horum pactorum non ex iure Romano, ſed *moribus* eſſe repetendam, tradente STRYKIO *de ſucceſſ. ab int. diſſ. 8. c. 12. §. 36.* cui adſtipulatur HARPRECHT *de fideic. convent. §. 31. n. 14. ſqq.* aſſeritque, talia pacta reciproca de bonis reſtituendis, *modernis Germaniæ moribus* non ſaltim inter illuſtres et nobiles, ad quos *generalem Germaniæ conſuetudinem* reſtrinxerat KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 6. n. 44.*, verum etiam inter quaſuis perſonas eſſe approbata. Verum cum appellatio *morum hodiernorum et conſuetudinum Germaniæ* ſit quodammodo obſcura, nec diſtinctum in ſe contineat conceptum, e re erit, *moribus hodiernis* præſidium aliunde exquirere. Videlicet conclamatum eſt, Germanos leges ſuas proprias et *ius* quoddam *commune domeſticum* habuiſſe, antequam *iura peregrina* vſu forenſi ſimul reciperentur. Hoc facto Germania duplici cœpit regi iure, *proprio* et *peregrino*; *Germanico antiquo* et *Romano*; et quamuis illi inſignis clades per hoc illata, eiusque cultura fere ab eruditis

quod obſcurum,

et loco eorum ius Germanicum antiquum ſubſtituendum.

Digitized by Google

ditis neglecta fuerit, non tamen in totum exſtingui et aboleri ita potuit, vt nullæ eius reliquiæ ſupereſſent, aut principiis huius iuris domeſtici vltimum vale dictum. Quin potius animaduertimus, interpretes paſſim a iuris Romani tramite recedere, et diuerſum ius, quo hodie vtimur, *moribus hodiernis* vel *conſuetudini Germaniæ vniuerſali* attribuere, qua appellatione quid aliud deſignatur, quam vſum quendam principiorum *iuris antiqui Germanici* adhuc ſupereſſe, et ſecundum hæc, non *iuris Romani* placita, pronunciari? Quocirca duo *iura communia* in Germania admittenda ſunt: *domeſticum* illud *antiquum*, quod merito in dubio præferendum peregrino, et *Romanum*, cuius vſum *in ſubſidium* fora receperunt, maxime iis in inſtitutis, quæ iuri Romano propria ſunt.

§. II. His conſequens eſt, vt quæ ex iuris Romani inſtitutis vnice fluunt, ex eius quoque principiis æſtimari et decidi debeant; quæ vero ex *iure veteri Germanico*, a Romano prorſus abludente, adhuc retenta ſunt, ea ex principiis eius vnice explicari, et tradi, non vero peregrina iuris Romani principia his applicari debent. Quemadmodum enim incongruum foret, teſtamentorum, legatorum, et fideicommiſſorum doctrinam ex iure Germanico illuſtrare aut enucleare, quod hæc inſtituta prorſus ignorat, prout §. 1. *cap. præced.* oſtendi; ita æque incongrue agunt, qui ea inſtituta, quæ ex *iure antiquo Germanico* ſuperſunt, ſed *iuri Romano* prorſus aduerſantur, ex hoc iure eruere, exponere et huius rationibus illuſtrare conantur. Pacta familiarum nobilium, quæ ad *fideicommiſſa Romana* inclinant, huc refero, quæ, vt infra monſtrandum eſt, ad reliquias iuris antiqui domeſtici referri, et ita quoque ex huius ſolius principiis æſtimari debent. Qui ergo

Iuris Germanici inſtituta vnice ex iure Germanico interpretanda,

non iure Romano.

hoc pactum *conuentionale fideicommiſſum* appellant, nihil aliud indigitant, quam ſe hanc doctrinam ex *iure Romano*, ex doctrina *de fideicommiſſis* euoluere velle, quo ipſo tamen infinitis obruitur nodis ſcopulisque, et tale fundamentum eligit, quo hæc pacta vel ſubuertuntur vel farragini litium exponuntur. Repugnat *ius Romanum* his pactis ſucceſſoriis: non alia agnoſcit fideicommiſſa, quam *vltima voluntate* relicta: quod per conuentionem determinatur, vel non eſt *fideicommiſſum*, ſed *obligatio communis* ex natura conuentionum tracta; vel vbi *ſucceſſionem vniuerſalem*, eamque *perpetuam* intendit, nullius hoc iure momenti eſt. Hoc etiam agnoſcere videntur, qui tale pactum appellatione *irregularis fideicommiſſi* deſignant, vel eſſe *quoddam fideicomiſſum* aſſerunt, *cum* HARPRECHTO *de fideic. conuent.* §. 8. atque ſimul oſtendunt, *inclinare* quidem hoc pactum *quodammodo* ad illud, interim tamen tale non eſſe. Quæ in vno vel altero inter ſe conueniunt, *ſimilitudinem* quidem quandam habent, non tamen eadem ſunt, vt canis non eſt homo, neque mutuum commodatum eſt, licet in quibuſdam conueniant.

Tria principia iuris Germanici præmittuntur.

1) Valere pacta ſucceſſoria.

2) Auita alienari non poſſe.

3) Filias excludi a ſucceſſione.

§. III. Ante omnia tamen fontes eruendi ſunt, ex quibus *pactorum* horum *ſucceſſiuorum*, iure Romano improbatorum, efficacia demonſtrari queat. Hoc ad *tria principia*, iure Germanico agnita, reuoco, quorum primum eſt: *licuiſſe hoc iure, per pacta de futura ſucceſſione diſponere, pactisque ſucceſſionem reciprocam determinare.* Alterum eſt: *de bonis immobilibus hereditariis, allodialibus licet, fas nemini eſſe, ſine liberorum heredumque conſenſu diſponere alienationemque facere.* Denique tertium principium etiam ſatis decantatum eſt: *filiorum tantum ſucceſſionem eſſe, excluſis filiabus, quibus de alimentis idoneis, vel dote, quam vocant, proſpi-*

ſpiciendum. Tria hæc principia prorſus declinant a tramite *iuris Romani*, cuius receptio tamen ea in totum abolere haud potuit, ſed vel *ſtatutis localibus*, vel *pactis familiæ*, vel ipſo denique *vſu continuato* conſeruata ſunt, atque inde diuerſa a iure Romano praxis *moribus* ſeu *conſuetudini Germaniæ* adſcribitur.

§. IV. Primum iuris Germanici principium ex *legibus antiquis* iam dudum probatum dedit STRYKIVS de *ſucceſſione ab inteſtato diſſ. VIII. c. 1. §. 4.* et, qui eius veſtigia legit, IOH. GEORG WERNERVS de *pactis dotalibus ſub formula:* Hut bey Schleyer und Schleyer bey Hut §. 3. *ſeqq.* Perficiebantur vt plurimum tales conuentiones, in quibus de bonis transferendis agebatur, per *traditionem ſymbolicam*, veluti per *iactum feſtucæ* in ſinum alicuius ſimiliaue ſigna, quæ ex antiquitatibus erui in *tom. II. iur. eccleſ. tit. de inſt. §. 6. ſeqq.* adeo vt hæ conuentiones dictæ fuerint *traditiones*. Notæ ſunt *traditiones Fuldenſes* a IO. PISTORIO primum editæ, ſed quadruplo auctiores denuo publicatæ a SCHANNATTO *in corpore tradit. Fuldenſ.* Idem quoque *in vindem litterar.* publicauit *traditiones veteres cænobii St. Stephani Herbipoli*, quæ ſunt ipſa documenta *donationum inter viuos*, quibus alienatio talis facta. Pariter MEICHELBECK *in hiſtoria Friſing. tom. I. et II. P. altera* collegit ingentem numerum harum *traditionum* ſeu *conuentionum*, quæ ad illuſtrandam hiſtoriam Friſingenſem faciunt. *Hiſce traditionibus* quoque ſeu pactis, interueniente feſtucæ iactu, transferebatur ius ſuccedendi. *In legibus Salicis tit. 49. ex edit.* ECCARDII *p. 91. ſeqq.* de his *pactis ſucceſſoriis* agitur, cuius rubrica eſt: de *adframire* vel *adrhamire*, *de ramo dicto*, ſiue, vt ECCARDIVS notat, *de deſignatione heredis per* RAMVM *vel feſtucam in ſinum alicuius proiectam*, quod plenius IDEM *ad tit. 40.* illuſtrat.

Pacta ſucceſſoria ex iure German. euincuntur.

1) *Ex traditionibus antiquis.*

2) Ex LL. Salicis.

Verba *legis Salicæ* ſunt: *hac conuenit obſeruare, vt Tunginus* (decanus) *aut centenarius mallum indicent, et ſcutum in ipſo mallo habere debet, et poſtea tres homines tres cauſſas demandare* (poſtulare) *debent: poſtea in ipſo mallo requirant hominem, qui ei non pertinet, et ſic feſtuca in laiſam* (ſinum) *iactet, et ipſe* (ipſi) *in cuius laiſam feſtucam iactauerit, dicat verbum de fortuna ſua, quantum ei voluerint dare, aut ſi totam, aut ſi mediam fortunam ſuam, cui voluerit, dare. Poſtea ipſe, in cuius laiſam fiſtucam iactauit, in caſa ipſius manere debet et hoſpites tres ſuſcipere, et de facultate ſua, quantum ei datur, in poteſtate ſua habere debet. Et poſtea ipſi, cui creditum eſt, omnia cum teſtibus collectis, iſta agere debet, et ſic poſtea, ante regem, aut in mallo legitimo illi, cui fortunam ſuam deputauerit, reddere debet; et accipiat fiſtucam in mallo ipſo. Et ipſum,* (ipſi) *quem heredem deputauit, ante XII. menſes, in laiſo ſuo iactet, nec minus nec maius, niſi quantum ei creditum eſt, et ſi contra hoc aliquid dicere voluerit, tres teſtes habere debet, qui iurati dicant, quod ibi fuerint, in mallo, quod Tunginus aut centenarius indixerunt. Et quomodo vidiſſent hominem illum, quod fortunam ſuam donauit in laiſo illius, quam iam elegerat fiſtucam iactare, et dominare* (nominare) *debent, qui fiſtucam in laiſam iactit, nec non et illum, in cuius laiſam fiſtucam iactauit, et illum, quem heredem appellauit. Similiter nomineit alii teſtes iurati, et dicant, quod in caſa illius, qui fortunam ſuam donauit illi, in cuius laiſam fiſtucam iactauit, ibidem manſiſſet, et hoſpites tres vel amplius collegiſſet, et pauiſſet,* (cibum præbuiſſet) *et ei ibidem gratias egiſſent, et in beudo ſuo* (menſa), *pultes manducaſſent, et teſtes collegiſſent, iſta omnia tres alii teſtes iurati dicere debent, quoniam in mallo legitimo vel ante regem illi, qui accepit in laiſam feſtucam, fortunam ſuam donauit, et ille acceperit in mallo, h. e. ante Theada vel Tunginum fortunam illam, qua heredem eum appellauit, publice coram* omni-

omnibus hominibus fiſtucam in laiſam ipſe iactaſſet: et haec omnia nouem teſtes debent affirmare. Hoc modo olim Franci *pacto ſolemni* ſucceſſorem ſibi conſtituebant, *auctoritate iudiciali*, et *traditione feſtucae*, teſtibusque interuenientibus. Hoc modo ius *in re*, et *irreuocabile* acquirebat heres futurus, quod in ſuos quoque heredes tranſmittebat. In *LL. Ripuar. tit.* 48. ſucceſſiua pacta etiam approbantur: *ſi quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnes facultatem ſuam in praeſentia ſiue vir mulieri vel mulier viro, ſeu cuicunque libet de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem, vel adfatimi* (adfatimire, accipere in heredem) *per ſcripturarum ſeriem ſeu per traditionem, et teſtibus adhibitis ſecundum legem Ripuariam licentiam habent.* Vſum horum *pactorum ſucceſſiuorum* pariter formulae MARCVLFI demonſtrant a STRYKIO *cit. l.* iam recitatae. Deriuanda ſine dubio ex hoc iure antiquo *lex prouincialis Saxonica lib. I. art.* 52. Ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Mann ſein eigen Guth, noch ſeine Leut vergeben h. e. tradere eo modo, quo antiquis vſitatum erat, id quod *lex* antiqua *Saxonum* §. 1. *C. prae.* iam adducta declarat. In *LL. Anglorum et Werinorum* apud LINDENBROGIVM *in cod. leg. antiq. p.* 485. *tit.* 13. pacta haec ſucceſſiua pariter confirmantur: *libero homini liceat hereditatem ſuam, cui voluerit, tradere*: quod itidem intelligendum de *traditione feſtucaria* vel ſymbolica olim in conuentionibus hiſce vſitata.

3) *Ex LL. Ripuariis.*

4) *Ex formulis Marculfi.*

5) *Ex iure Saxon. prouinc.*

6) *Ex LL. Anglorum et Werinorum.*

§. V. Alterum iuris Germanici principium non tantum in *lege antiqua* Saxonum §. 1. *C. prae.* adlata, ſed etiam in *iure prouinc. Saxon.* cuius verba *in* §. *praeced.* modo adducta ſunt, fundatum eſt. Argumenta huius diſtinctionis bonorum paſſim *in diplomatibus* obuia ſunt, quorum cumulum adduxi *in diſſ. de ſtatu donationum inter coniuges antiq. et hodiern,* §. 33. *ſeqq.* ſimulque

Iure Germanico de bonis hereditariis diſponere non licuit.

que hoc principium plenius demonſtraui. Veſtigia huius iuris antiqui in Germania adhuc hodie ſuperſunt, quæ ſine dubio in his locis deprehenduntur, in quibus *fideicommiſſa* conſuetudine introducta occurrere, aſſeruit KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. VI. n.* 74. ignorantia iuris *Germanici* hac appellatione vſus, quæ iuris Romani *partum* deſignat, inſtituta autem antiquorum Germanorum, alienationem bonorum hereditariorum prohibentia, non recte et idonee refert. Si dixiſſet, bona *auita* vel *hereditaria* imitari in quibuſdam *fideicommiſſaria*, tolerari potuiſſet hæc aſſertio, ſicuti BERLICH *P.* 2. *concl.* 13. *n.* 8. *et* MODEST. PISTOR. *vol.* 2. *conſ.* 50. *n.* 22. non inepte aſſerunt, bona *auita hodie imitari conditionem feudalium*, quod ſicuti hæc ſucceſſioni agnaticæ, ita etiam illa huic pariter reſeruanda ſint, nec alienari queant ſine heredum conſenſu. Interim tamen *ipſe* KNIPSCHILD *cit. l. c.* 1. *n.* 14. adhuc diſtinguit auita Stamm-Güther, et *fideicommiſſaria*, ſicuti *auita* et *feudalia* adhuc differunt, licet in quibuſdam etiam conueniant. conf. HÖPING. *de iure inſign. c.* 21. *n.* 223. vbi itidem de hac qualitate der Stamm-Güther optime diſſerit. Adeo vero *auita* hæc bona ſeu *hereditaria iure Germanico* alienari prohibebantur, vt ne quidem patris factum præiudicare potuerit filio, ſed huius *conſenſus* quoque in alienatione eorum neceſſarius fuerit: prout diplomata illuſtrant apud SCHATEN. *in annal. Paderbon. ad ann.* 1237. *p.* 33. *ad an.* 1265. *p.* 108. *ſeq. ad ann.* 1302. *p.* 169. *et ad ann.* 1312. *p.* 251. *et* 259. Addam illuſtrationis cauſſa chartam ſequentem, quam nuper admodum in actis ad facultatem iuridicam tranſmiſſis deprehendi. *Ego Aſchwinus de Weſtphelde famulis recognoſco præſenti littera ſigillo meo munita, quod cum conſenſu meorum heredum vendidi et vendo per præſentes vnam curiam,*

Digitized by

am, et quinque manſos et areas quinque, quæ Rothhöfe *dicuntur in villa et in campis villæ Limmere* (prope Hanoueram ſitæ) *ſitos cum omnibus vſufructibus, iuribus ſuis, tam in villa quam extra villam pertinentibus bona ad eadem, pro quinquaginta quinque marcis vno fertone minus puri argenti Iohann de Empne ſuisque heredibus perpetuo iure hereditario libere poſſidendum, volo etiam ipſis veram et legitimam præſtare guarandam ratione dictorum bonorum, quando fuero requiſitus. Ego quoque Ecbertus et Bartoldus fratres filii Aſchwini iam dicti famuli ambo ſub vno ſigillo mei Ecberti antefati profitemur, quod venditioni prædictorum bonorum per dictum patrem noſtrum Aſchwinum ſupradicto Iohann de Empne ſuisque heredibus firmiter conſenſimus, et præſentibus conſentimus, ipſamque venditionem gratam et ratam habebimus, et factam cum noſtra bona voluntate, volentes etiam ipſis veram ac legitimam præſtare Warandiam ratione dictorum bonorum, quando a nobis requiſitum. Ceterum pro fratre noſtro Aſchwino abſente præſentibus promittimus, quod omnia præſcripta vna nobiſcum erit gratum ac ratum habiturus hæc ſingula promiſſa. Ego Aſchwinus de Weſtphelde nos Ecbertus et Bertoldus fratres eiusque filii prænotati promiſimus et præſentibus fide data promittimus Iohanni de Empne prænarrata ſuisque heredibus firmiter obſeruare ſub anno Dn. MCCC. quinquageſimo tertio ipſo die feſti beati Thomæ Apoſtoli.* Actum fuit in hoc venditionis documento α) de bonis mere *allodialibus*, auitis tamen; vnde β) *conſenſus filiorum* deſideratus fuit, qui etiam γ) ſpeciatim ſuo conſenſu hanc alienationem roborarunt, et δ) *pro abſente fratre* fidem ſuam cum patre interpoſuerunt, quas cautiones *ius Germanicum* quidem deſiderauit, non item *Romanum.*

Filiæ iure Germanico non ſuccedunt, nec le-

§. VI. Supereſt tertium *iuris Germanici* principium, quod itidem a iure Romano prorſus deuiat, vtpote quo filiæ nec a *ſucceſſione* nec a *ſupplemento legitimæ* excluduntur. Ab vtroque arcu-

gitimam iure Rom. debitam petunt. arcuit eas *ius Germanicum priſcum*, vt ne quidem *legitimæ ſupplementum* petere poſſint, ſed dote ſua contentæ eſſe iubeantur. In promtu ſunt leges antiquæ, hoc demonſtrantes, quas magna cura collegit et in hac re mihi otium fecit B. GVNDLING *diſſ. de renunciat. hered. filiar. illuſtr. c.* I. §. 12. *ſq.* quod et indicant formulæ in alienationibus bonorum vſitatæ: *cum conſenſu filiorum meorum*, in quibus *filiarum* mentio facta non fuit, quod his ſucceſſio in hæc bona denegata eſſet. Idem quoque obſeruarunt *Normanni* in legibus ſuis, quibus *lib.* 2. *P.* 1. *c.* 27. *n.* 18. *p.* 216. apud B. Dn. DE LVDEWIG *tom. VII. reliq.* ita cautum: *ſorores autem in hereditate patris nullam debent portionem reclamare verſus fratres, vel eorum heredes, ſed maritagium poſſunt requirere. Etſi fratres eas ex mobili ſine terra, vel cum terra vel ex terra ſine mobili voluerint maritare viris eis idoneis, ſine diſparatione, hoc iiſdem debet ſufficere.* Addit ibidem doctus commentator *in not. n.* 15. *Eſt hac veritas ac fides habenda maximi. Nam filiabus ſucceſſio debetur etiam in allodio aut feudo vulgari non niſi ſubſidiaria, fratribus deficientibus. His moribus viximus olim Germani. Hodieque iure iſto vtuntur nobilis familiæ in Franconia et Holſatia. Vt filia tantum capiant aliquid, quod ſufficit ad victum aut dotem. Exulat hic legitima iuris Latii et illius portio definita iuſto largiori manu ac menſura.* Idem repetitum eſt in *LL. Normann. lib. II. P.* 2. *c.* 36. *n.* 14. vbi etiam in *notis* veritas fidesque huius antiqui iuris adſtruitur atque illuſtratur.

Vſus iuris Rom. turbauit admodum hæc tria principia; §. VII. His tribus principiis bellum grauiſſimum indictum eſt per receptionem *iuris Romani* in foris Germaniæ, maxime reſpectu illuſtrium et nobilium, qui in antiquo iure aſſerendo eo tenaciores et conſtantiores fuere, quod ad ſplendorem gentis et conſeruandam familiæ integritatem oppido face-

facerent. Negandum tamen non eſt, vſum *iuris Romani* ſeculo XV. ingentia feciſſe incrementa, vt inter priuatos plebeiosque quidem hinc inde principia genuina iuris patrii vel aboleret prorſus, vel admodum corrumperet; illuſtribus vero nobilibusque neceſſitatem imponeret, quouis modo contra impetum huius *iuris peregrini* ſeſe gentilitiaque iura ſua muniendi, illaque incorrupta conſeruandi, quod intereſſet eorum, ne a tramite veteris iuris recederent. Id maxime eo tempore neceſſum fuit, quo *camera imperii* erecta conditaque, quæ *iuris Romani* principia ad cauſſas grauiſſimas applicare non dubitabat, vt vel ex doctrina de *iurisdictione magiſtratuum Germanorum* elucescit, cuiusque fata recenſet B. THOMASIVS *de differentia iuriſd. et magiſtrat. ſecund. mores German. ab init.* Tria autem fuerunt media conſeruandi ius antiquum patrium: *vſus forenſis*, *ſtatuta* locorum et *pacta*. Etenim ſicuti *vſu communi* Germaniæ plurima retenta ſunt, maxime in his cauſſis, in quibus *ius Romanum* prorſus a moribus Germanorum abhorrebat, vt argumentum de *ſtipulatione* et *pactis* euincit, ita in ciuitatibus municipalibus hinc inde *ſtatuta* condita, quæ nil aliud ſunt, quam iuris antiqui Germaniæ legitima ſoboles, quam ob cauſſam hæc ſtatuta in *fundamentis* inter ſe admodum conueniunt. Denique *illuſtres* et *familiæ nobiles* mutuis *pactis* et *confœderationibus* inter ſe initis impedire ſtuduerunt, quo minus iurium ſuorum antiquorum vſum deſerere cogerentur, quibus ICti, tantum iure Romano imbuti, quauis occaſione vim inferebant. Hi quippe ſucceſſiones eorum turbabant, filiasque, ante hac excluſas, ex iure Romano ad hereditatem æqualiter admitti deſiderabant: liberius arbitrium de bonis quibuſcunque diſponendi poſſeſſoribus adiudicabant: alienatio-

quorum conſeruatio nobilibus cordi fuit,

per varia media,

in primis pacta mutua.

tiones hereditariorum bonorum factas propugnabant: teſtamenta de his facienda commendabant, et ita motus, lites, rixasque in his familiis generabant. Huic iuri peregrino ſuppetias ferebat præterea *ius canonicum*, efficiebatque, vt doctores *vtriusque iuris*, quibus iudicia primaria ſtipati erant, facile adſenſum obtinerent, præſertim cum rari apparerent, qui ſententiam iuris antiqui contra hos impetus tueri poſſent.

Pacta de ſucceſſione filiabus deneganda.

§. VIII. Pro his malis declinandis vbique fere familiæ illuſtres nobilesque de *ſucceſſione filiarum*, de *conſeruandis bonis hereditariis*, de *vſu teſtamentorum reſtringendo* aliisque pacta perpetua condiderunt, filias vero maioris ſecuritatis gratia induxerunt, vt ſucceſſionibus hiſce iurato renunciarent, quarum de *iure antiquo* antehac non erant capaces, niſi deficiente prole maſcula. Hoc optime illuſtrat pactum commune *nobilitatis immediatæ Sueuicæ, Franconicæ* et *Rhenanæ d. 12. Febr. 1653.* initum a B. HARPRECHTO *de ſucceſſione filiar. nobil. renunc. et teſtam. p. 96.* et LVNIGIO im teutſchen Reichs-*Archiv P. ſpec. contin. III. p. 14. n. 7.* relatum, de ſucceſſione filiarum tantum in *ſubſidium* admittenda. In prooemio recenſent morem antiquum, per *renunciationes iuratas* filias excludentem ab omni ſucceſſione, tunc in primis receptum, quo *iure Romano* viuere cœpit Germania: Wiewohl, aiunt paciſcentes, bey unſern in GOtt ruhenden lieben Voreltern, auch bey uns, von vielen unfürdencklichen Jahren öffentlich, geruhig, und löblich Herkommen, wie denn ſolches noch biß auf jetzige Zeit im üblichen Gebrauch iſt, daß die von ihnen und uns gebohrene eheleibliche Kinder weiblichen Geſchlechts, wenn die zu ihren mannbahren Jahren kommen, zu Erhaltung männlichen Stammes und Nahmens, ſich der

der väterlichen, mütterlichen, brüderlichen Erb- und Verlaſſenſchaft biß auf einen ledigen Anfall gegen einen ziemlichen Heyrath-Guth und Ausfertigung würcklich verzeihen und begeben, daß doch ſolch bekantlich uhraltes Herkommen eines Theils in Zweifel zu ziehen, und die vorgegangene renunciationes und Verzicht in mehreren wegen anzufechten, und unkräftig zu machen, unterſtanden ꝛc. Hac de cauſſa conſtituerunt, vt in poſterum filiæ et ſorores ab omni ſucceſſione *paterna*, *materna* et *fraterna* excluſæ eſſent, ita vt etiam, renunciatione non facta, aditum nullum ad hæc bona habere poſſent niſi in *ſubſidium*. Infinitis ſcopulis hoc pactum expoſitum fuiſſe, docent reſponſa deſuper data, et ab ipſo HARPRECHTO *cit. loc.* relata, non aliunde tamen quam ex eo iure aſſumti, quod hiſce magnopere aduerſabatur. Hi tamen facile diſpelli potuiſſent, ſi pactum hoc ad *principia iuris Germanici*, tantum hoc pacto conſeruata, reuocatum fuiſſet. Huc quoque pertinent pacta tam vſitata inter has familias, quæ *fideicommiſſa familiæ* conuentionalia vocantur vulgo, quorum antea adductum *pactum nobilitatis* immediatæ facit his verbis mentionem: Es ſoll auch dieſes ſtatutum denen abſonderlichen pactis familiæ, fideicommiſſis und Stamm-Vereinigung, ſo bereits aufgerichtet, oder ins künftige noch aufgerichtet werden ſollen, nicht præiudicirlich ſeyn. In his quippe nihil aliud actum, quam vt *ius antiquum Germaniæ* repeteretur, et in vſum in poſterum quoque deduceretur, iuris Romani vero vis irrumpens impediretur. *de bonis non alienandis.*

§. IX. Ita vero conueniens neceſſariumque fuiſſet, hæc aliaque *pacta* vel *ſtatuta* ex propriis ſuis principiis, *domeſticis* ſcilicet, enucleare, non vero *iuris Romani* tradita ad ea ap- *Hæc pacta ex iure Germanico explicanda.*

 pli-

plicare, quibus magis euertuntur, et in ambiguum deducuntur diſcrimen, quam explicantur. Poſterius vero vt plurimum factum, prius vero neglectum, res ipſa loquitur, et quotidiana praxis forenſis confirmat. Ipſe NICOLAVS BETSIVS *in tract. de ſtatut. pactis et conſuetudin. famil. illuſtr. et nobil. ad vſum Germaniæ potiſſimum accomodato* pleraque illuſtrat ex iuris Romani, eiusque interpretum doctrinis, ex iure Germanico vnice eruenda, et decidenda. Pariter KNIPSCHILD *de fideicommiſſ. famil.* pacta talia, quæ ad *fideicommiſſum* inclinare videntur, ex iuribus, prorſus his aduerſantibus, fere vnice explicat, quem etiam ſecutus eſt HARPRECHT *de fideicommiſſ. conuent.* cum aliis pleriſque, vnde tamen hæc doctrina, alias plana, in grauiſſimas ſyrtes coniecta eſt. Dubitatum fuit de horum pactorum efficacia, quæ ius Romanum improbat: concertatum de eius ſenſu, ex principiis a dogmate de *fideicommiſſis* petitis, plura ad ea tracta, quæ *ius Germanicum* non tantum ignorat, ſed nec cum eo ſubſiſtere poſſunt, vnice ex hoc præiudicio, quod *fideicommiſſum* quoddam in iis lateat, et ita ex eius indole omnia æſtimanda ſint. Cum vero antea demonſtratum ſit, his pactis vnice conſeruata fuiſſe *iuris Germanici* ſcita contra *iuris Romani* irrumpentem impetum, eaque ab huius ſententia prorſus deuiare, palam quoque eſt, pacta hæc, quæ vulgo *fideicommiſſaria* vocantur, non ex iuris Romani doctrina de *fideicommiſſis*, ſed ex principiis tribus antea declaratis et ex *iure Germanico* corroboratis, eſſe euoluenda atque eruenda. Ipſe HARPRECHT *cit. tr.* §. *9. n. 21.* fatetur, *mores hoc nomen fideicommiſſi nouiter his pactis impoſuiſſe*, certo indicio, iuri Romano id aduerſari, adeoque merito ab hac appellatione abſtineri debuiſſe. Denique licet

po-

ponamus, *pactum* eiuſmodi *ſucceſſiuum* huc non tendere, vt bona immobilia *auita* conſeruentur in familia, ſed vt nouiter familiæ hoc modo acquirantur, et in ea perdurent, (pactum enim id effici poſſe per donantem, hac lege immobilia alteri tradentem, indubium eſt) rurſus tamen non adeo commode fideicommiſſarium vocatur, æque ac *donatio illa ſub modo*, de qua *in l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* nunquam a Romanis hac appellatione deſignata fuit.

§. X. Quocirca (I) non adeo dubitandum fuit, tertio, ad quem bona deuoluenda ſunt, mortuis paciſcentibus, veluti coniugibus, tale pactum prodeſſe, licet ad illud haud concurrerit, quod *iure Germanico* his pactis acquiratur *ſucceſſio;* veluti ſi coniuges inter ſe pacti ſunt, vt poſt mortem *ſuperſtitis* bona ad vtriuſque coniugis conſanguineos ex æquo deuoluerentur. Atque hoc eo magis aſſerendum, quod etiam *ius Romanum recentius* in rebus particularibus donatis tertio *vtilem* conceſſerit actionem ex interpretatione per æquitatem, quam Germania vnice in pactis ſecuti ſunt, obſeruante STRYKIO *in vſ. mod. tit. de pact.* §. 21. *in f.* Quandoque his pactis ſucceſſio, quam *Brabantinam* vocant, h. e. vt paterna paternis, materna maternis obueniant, ſtabilitur, quæ non tam *fideicommiſſum*, quam antiquum *iuris Germanici* dogma continet, vt cuius bona immobilia reuertuntur ad proprium ſtemma, et ſucceſſio ab inteſtato in vtraque conſanguinitate, Germanis admodum fauorabilis, conſeruatur. (II) Ad talia pacta familias vnientia, non deſideratur conſenſus imperatoris vel domini territorii, vt recte cenſuit HARPRECHT *cit. l.* §. 2. ſi vel maxime de *filiarum excluſione* et *dotis quantitate*, menſuram legitimæ haud æquante, in eis actum fuerit, quod his

I) Tale pactum tertio præbet ius ſuccedendi.

II) Non deſiderat conſenſum principis.

his pactis nihil *noui*, *inſoliti* et *illiciti*, ſed illud potius repetatur, firmetur, et in vſum indubium collocetur, quod iure antiquo iam conſtitutum erat. (III) Verba horum pactorum, quibus filiæ excluduntur ab omni ſucceſſione, bis auf einen ledigen Anfall, explicanda ſunt ex iure Germanico priſco, quod filiabus *ſucceſſionem ab inteſtato* reſeruauit, extincta prole maſcula, vt docet *ſpec. Sax. lib.* 1. *art.* 17. Vaters oder Mutters Schweſter oder Bruders Erbe nimmt der Sohn, und nicht die Tochter. Es ſey denn, daß da kein Sohn ſey, ſo nimmt es die Tochter, quod etiam *ſpeculum Sueuicum* confirmat. Qui in hac clauſula *fidoicommiſſum tacitum* quærunt, et inde *ſucceſſionem ſubſidiariam* feminarum petunt, ſolo iure Romano ducuntur, erudite refutati a B. GVNDLINGIO *cit. l. c.* 2. *et* 3. Palam vero eſt, in hoc pacto vnice *Ius antiquum Germanicum*, de *ſubſidiaria ſucceſſione* feminarum, et ex his *deſcendentium* repetitum et confirmatum, adeoque ex hoc quoque vnice ſucceſſionem hanc æſtimandam eſſe, vt ſcilicet proximiori vel filiæ vel ſorori vltimi defuncti hereditas obueniat.

III) Senſus clauſulæ: bis auf einen ledigen Anfall; *ſecundum ius Germanicum.*

§. XI. Vlterius (IV) expeditum hodie eſt, valere pacta, in quibus de *bonis immobilibus* in perpetuum extra familiam non alienandis, ſed *ſucceſſioni ordinariæ reſeruandis* agitur, prout ſupra iam traditum eſt. De qua ſententia nullæ adeo motæ fuiſſent lites, ſi ad genuinum et verum prouocaſſent interpretes principium, vnde *legitimatio* huius *pacti* deriuari debuiſſet, relicta doctrina iuris Romani de *fideicommiſſis*, et prohibita *ſucceſſione pactitia*. (V) Quia ergo in tali pacto *fideicommiſſum* non eſt quærendum, vtpote quod *Romanis* tantum proprium, a *Germanis* vero ignoratum eſt, quorum iuri tamen illud debetur; conſequens eſt, vt *ſucceſſio* hæc *pactitia* ad regulas *fideicommiſſi* accommoda-

IV) Valet pactum de bonis immobilibus non alienandis;

V) in quo non eſt fideicommiſſum.

Digitized by

modari non debeat, cum *infinitis plane modis* hæc pacta a *fidei-commiſſis veris* recedant, ipſo fatente STRYKIO *de ſucceſſ ab inteſt. diſſ. VII. c. 1. §. 6.* Inde licet (VI) mulier teſtamentum libere condere queat, tali pacto tamen ſeſe obſtringere nequit in pleriſque locis Germaniæ abſque *curatore*, obſeruante KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. III. n. 50. ſeqq.* (VII) Quatenus *ius accreſcendi* locum habere poſſit in *ſucceſſione teſtamentaria* expeditum eſt. De hac *pactitia*, vtrum hoc ius admittat, diſputant quod alias in contractibus et pactis ceſſet, *l. 110. pr. de V. O.* a qua ſententia non adeo alienus eſſe videtur HARPRECHT *cit. l. §. 39.* Ponamus, coniuges inter ſe iniiſſe pactum ſucceſſorium, atque præterea cauiſſe, vt ſuperſtes poſt mortem vniuerſa bona *Primo* et *Secundo* reſtituat. *Primo* mortuo ante ſuperſtitem coniugem, vtrum *Secundo* vniuerſa debetur hereditas vi iuris accreſcendi, an vero *Primis heredes* potius admittendi ſunt? Hos præferendos arbitror, quod *Primo* ex *hoc pacto* ius in hereditatem quæſitum ſit, et iure Germanico *tertio*, non concurrenti ad contractum, tale ius perfectum acquiratur, prout ſupra tradidi, id quod in heredes tranſmiſſorium eſt. Atque hæc vera ratio eſt, quæ ius accreſcendi impedit. (VIII) Detractioni ex SCto Trebelliano in hac ſuceſſione nullus locus, quæ nec *fideicommiſſaria* eſt, nec ad *regulas iuris Romani* componenda, quod pluribus adſtruit HARPRECHT *cit. l. §. 41.* (IX) *Succeſſio pactitia* eandem admittit interpretationem, quam *teſtamentaria*, nec aliis regulis ſubiecta, quod ſucceſſio vbique *vniuerſalis* ſit, quatenus de *vniuerſis bonis* inita. Vltimas voluntates quidam conuentionibus fauorabiliores eſſe aſſerunt, adeoque teſtamenta *latius*, hæc pacta vero *ſtrictius* accipienda eſſe conſtituunt. Atque huc adferunt INNOCEN-

VI) Mulier in tali pacto conſenſu curatoris opus habet.

VII) Ius accreſcendi in eo ceſſat,

ob transmiſſionem.

VIII) Ceſſat detractio quartæ.

IX) Hoc pactum quoad interpretationem non differt a teſtamento.

TII III. effatum in *c. 6. X. de donat.* aſſerentis, *in contractibus plenam, in teſtamentis pleniorem, in beneficiis quoque pleniſſimam interpretationem fieri debere.* Sicuti vero regulæ interpretandi ex doctrina *logices* peti debent, ita legislatoris non eſt, naturam eius inuertere, et ratiocinationi leges præſcribere. Neque credendum eſt, pontificem hoc intendiſſe, qui potius huc tendit, in contractibus, teſtamentis et beneficiis principum interpretationem cum *effectu pleno* fieri debere, prout appellatio *pleni* indigitat in *l. 73. de leg. 3. l. 4. de alim. leg. l. 78. de iur. del. l. 48. §. f. de acq. rer. dom. l. 18. §. 1. D. de conſtit. pec.* Notum vero eſt, pontificem hoc effato vel ideo vſum fuiſſe, quod in *l. 12. de R. I.* aſſeratur: *in teſtamentis* PLENIVS *voluntates teſtantium interpretantur*, et in *l. 3. de conſtit. beneficium imperatoris* QVAM PLENISSIME *interpretari debemus*; quæ locutiones tamen nullam arguunt diuerſitatem in interpretando, quippe quæ *ſynonimice* in iure accipiuntur. In *contractibus* quoque nonnunquam ICti *ſuperlatiuo* vtuntur, vt ICtus in *l. 19. iudic. ſolui* illuſtrat exemplo clauſulæ, in *iudicatum ſolui* ſtipulatione vſitatæ: *dolum malum abeſſe abſuturumque eſſe*, aitque: *verbum: abſuturumque eſſe, pleniſſimum eſt, et ad omne tempus refertur.* Nec *comparatiuo* abſtinent, vt in *l. 95. §. 3. de ſolut.* vbi ICtus ait: *quoties rei* (debitoris) PLENIOR *promittendi obligatio inuenitur.*

X) Ad heredes tranſit.

(X) Tranſmiſſioni in hac pactitia ſucceſſione locum eſſe, ſi vel maxime is, cui reſtitutio facienda, præmoriatur, colligi poteſt ex iis, quæ dixi *num. VII.* quam non admittit tali in caſu fideicommiſſum vniuerſale.

XI) Irreuocabile eſt.

(XI) pacta hæc ſucceſſiua *irreuocabilia* ſunt, vt ab vno ex paciſcentibus, inuito altero, reuocari nequeant, quamuis teſtator fideicommiſſum quouis momento mutare queat, STRYKIO obſeruante *cit. l.* quod antiquæ leges Germanicæ mani-

Digitized by Google

manifeſte conſtituunt. (XII) Pacta talia, maxime quæ de bonis hereditariis *extra familiam non alienandis* inita ſunt, omnem impediunt alienationem, operanturque, vt talis alienatio ſit ipſo iure nulla, quod hæc bona *iure Germanico* per ſe nullam alienationem admiſerint, adeoque exiſtimandum ſit, illud vnice hoc pacto repetitum fuiſſe. Dubia quæ ex *iure Romano* de *obligatione perſonali*, ex pactis fluente, adferuntur, hic plane applicari nequeunt, cum ex his pactis *ius ſuccedendi* acquiratur, quod plenius eſt ſola *obligatione perſonali*. *XII) Omnem impedit alienationem.*

§. XII. Has concluſiones vel tantum attingere lubuit, vt inde conſtaret, fundamentum horum pactorum non ex *iure Romano*, ſed ex *legibus Germanicis antiquis* deriuandum, et ſecundum eas de controuerſiis obuenientibus iudicium ferendum eſſe. Hoc facto, omnes ſcopuli facili negotio euitari poſſunt, quos ſententia de fideicommiſſo, in his pactis latente, vnice excitauit. *Concluſio.*

EXERCITATIO XXXII.

AD LIBR. III. PAND. TIT. III.

DE DOMINIO LITIS

CAPVT I.

DE CONCEPTV ET ORIGINE DOMINII LITIS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Argumenti ratio exponitur.* II. *De vſu dominii litis in iudicio et extra illud DD. ſententiæ.* III. et IV. *Male pro inſtantia*

tiæ dominio accipitur, V. et VI. nec non pro totius controuerſiæ dominio ex quaſi contractu deducendo. VII. et VIII. An acquiſitio actionis rei iudicatæ eius fundamentum ſit? IX. Quænam in eruendo vero eius fundamento conſideranda? X. Quid denotet lis? XI. De Dominio litis, principali, XII. et quatenus procuratori tribuitur. XIII. Origo eius deducta ex principio: quod nemo alieno nomine agere poſſet. XIV. Ratio huius prohibitionis. XV. Per perſonam extraneam extra iudicium, XVI. neque in iudicio quidquam ciuiliter acquirebatur. Explicatur L. 123. D. de Reg. iur. XVII. et XVIII. Gothofredi interpretatio cit. legis exponitur et confutatur. XIX. Ratio huius legis ex iure antiquo explicata. XX. Sub colore dominii litis procuratores agere cœperunt. XXI. Olim per cognitores actum. Diſcrimen inter cognitores et procuratores. XXII. Procuratores ſolemniter et ex iuſta cauſſa conſtituebantur. XXIII. Quo ſenſu dominium litis de procuratore accipiatur? Explicatur L. 4. §. 3. D. de alienat. iudic. mut. cauſ. facta. XXIV. Quatenus procurator per ſubſtitutum agere potuerit? XXV. Ordinaria acquiſitio dominii litis fit per litis conteſtationem, XXVI. præuio tamen principalis mandato. XXVII. Satiſdatione defenſor litis ſuſceptæ dominus extra ordinem fiebat. XXVIII. Fictio dominii litis deficit in procuratoribus extraiudicialium negotiorum. XXIX. Dominium litis vindicatur ſyndicis, XXX. nec non tutoribus et curatoribus poſt litem conteſtatam, XXXI. non vero nunciis et interpretibus.

§. I.

Introitus et ſcopus tractationis.

Romani, vti inter omnes gentes excellere rerum geſtarum gloria, ita et in tranquillo rerum ſtatu palmam reliquis præripere affectarunt, hinc ius, quo regebantur, omnium præſtantiſſimum eſſe, et per *ius ciuile* abſolute poſitum intelligi debere volebant §. 2. *I. de I. N. G.* et C. quam ob rem tum ſubtilitates, tum alia ſingularia ceteris gentibus incognita excogi-

Digitized by Google

cogitarunt, vt iuris ſui excellentiam eo extollerent altius. Quæ quidem ſingularia ad forum ipſorum optime accommodata erant, eorumque ratio facile reddi poterat; noſtra tamen fora, ſimplicitati magis ſtudentia, plurimas antiqui iuris ſubtilitates ignorant, quin et illæ ipſæ, quæ ex iure Rom. adhuc ſupereſſe videntur, ægre cohærent in praxi hodierna, cum plurimarum natura, et vera ratio ob ignorantiam proceſſus Romani ſæpe incognita ſit, vel etiam hi, qui foro tantum ſtudent, hæc ad inania theoretica ſpectare ſibi et aliis perſuadere conati ſint, ex qua opinione tamen prolapſi ſunt in multas abſonas et quaſi contortas interpretationes. Ex his iuris Rom. ſingularibus atque ſubtilitatibus petendum eſt dogma de DOMINIO LITIS, quod procurator olim poſt litem conteſtatam conſequebatur, quod cum a paucis perſpicue expoſitum deprehenderim, et vtrum cum fori noſtri principiis cohæreat, vſumque aliquem in praxi habeat, itidem haud careat dubiis, conſtitui in hoc themate enucleando paullo accuratius verſari, rem omnem ex hiſtoria iuris Rom. exponere, et cum principiis fori noſtri conferre.

Varii conceptus Dd. de dominio litis: 1) An in extraiudicialibus locum habeat? negatur.

§. II. Facit antiquitatum Roman. non accurata perſpectio, vt multi circa ipſum huius dominii litis conceptum titubent. Sunt nonnulli, qui dominium hoc tam *in iudicio* quam *extra iudicium* admittunt, inter quos eſt WESENBEC. *ad D. h. t. n.* 8. cui tamen mox ſe oppoſuit BACHOV. *ad Weſ. cit. l.* ex argumentis infra recenſendis: rurſus obiectionibus BACHOVII WESENBECIVM liberauit HAHNIVS *ad eundem l. c.* cui iterum aduerſatur SCHILTER. *Exerc. ad D. X. th.* 51. de quo tamen infra pluribus dicendi dabitur occaſio.

2) An per litem intelligatur tantum inſtantia?

§. III. Neque etiam inter Dd. conſtat, quid per *litem* hic intelligatur. Quidam exiſtimant, procuratorem non *actionis*, ſed tantum eius *exercitii* et *inſtantiæ* dominum per L. C. fieri, BERLICH P. 1. *concl.* 27. *n.* 13. ZIEGLER *in Caluol. tit. de inſtantia in genere n.* 87. MARTINI *Proceſſ. Saxon. Tit. VII.* §. 87. ipſique adeo tantum externam inſtantiæ directionem competere, DONELL. *ad l.* 3. *de re iudic.* conſequenter inſtantia finita etiam hoc dominium finiri; MYNSINGER *Cent.* 1. *O.* 42. *et C.* 2. *O.* 39. GAIL. *Lib.* 1. *Obſ.* 74. *n.* 10. BACHOV. *ad Treutler. Vol. I. Diſp.* 9. *th.* 12. nec teneri procuratorem, niſi ad appellationis interpoſitionem, quippe quæ, cum coram eodem iudice fiat, ſit quaſi appendix primæ inſtantiæ. *l.* 4. §. *f. D. de appellat. l.* 17. *C. de procur.* ANTON. FABER. *ad C. Lib. II. Tit.* 2. *def.* 12. *n.* 5.

Negatur.

§. IV. Sed remanet adhuc illud dubium, vnde hoc *inſtantiæ dominium* oriatur, nam ex libera proceſſus directione illud deduci non poſſe vel ex eo apparet, quod hodiernis procuratoribus liberam proceſſus dirigendi facultatem competere nemo ſit, qui in dubium vocet, ſed tamen eos dominos litis eſſe plurimi negent, inter quos eſt BACHOV. *ad Treutl. 9. Vol. I. Diſp.* 9. *th.* 10. GROENEWEGEN et SCHWENDENDÖRFER *ad Fibig. Part.* 1. *cap.* 3. *membr.* 2. §. 6. *n.* 23. Praeterea *lis* quidem in iure Rom. aliquando denotat *rem in litem* deductam: vnde iuramentum in litem, litis æſtimatio, quandoque ipſam actionem, ſeu cauſſam et controuerſiam, vt in *l.* 16. *D. de V. S.* rariſſime autem deſignat *inſtantiam*; quin et vox *dominii* ad *actum inſtantiæ* plane non quadrat, quippe quæ potius *rebus* applicari ſolet, non *actionibus*, niſi improprie, et vt magis innuatur *res*, quæ per actionem petitur, quam ipſe

ipſe *actus agendi*, nedum inſtantia, ne dicam directorem negotii minus accurate dominum dici poſſe.

§. V. Cum itaque hæc acceptio valde impropria ſit, alii per *litem* intelligere malunt *totam controuerſiam*, quo ſenſu lis in iure quandoque accipitur, vid. th. præced. Huius ſententiæ patroni ſunt SICHARDVS *ad l.* 21. *C. de procur.* FRANZK. *ad D. h. t. n.* 17. *et ſeqq.* fundamentum quærentes in litis conteſtatione, per quam quaſi contrahat procurator *l.* 3. §. 11. *D. de pecul.* et per illum quaſi contractum ita fiat dominus, et ſimul etiam actionem principalis in ſe transferat, eo, quod L. C. cum procuratore inſtituta contineat nouationem, *l. vlt. pr. C. de vſur. rei iudic. l.* 11. *l.* 29. *D. de nouat.* vi cuius non amplius principalis, ſed procurator ſibi acquirat, ſeque obliget. 3) *An totius controuerſiæ ſit dominium vi quaſi contractus?*

§. VI. Verum et hæc ſententia variis difficultatibus eſt obnoxia; nam 1) quaſi contractus per ſe non producit, niſi ſimplicem obligationem, nunquam vero *dominium*, adeoque etiam 2) licet procurator per L. C. quaſi contrahat, non tamen inde, tanquam ex cauſſa efficiente *dominium aliquod* conſequitur; neque *rei*, cum quaſi contractus hic non cum eo, cuius res eſt, ſeu *principali*, ſed cum *tertio*, qui ipſe dominium rei non habet, celebratus ſit *arg. l.* 54. *de R. I.* neque ipſius *proceſſus*, alioquin, ſi inuito principali litem conteſtaretur, dominus litis ſeu proceſſus quoque fieret, quod tamen dici nequit, cum ſemper ipſi obſtet exceptio deficientis mandati, de quo infra; et poſito 3) nouationem contingere per L. C. ea tamen conſideranda tantum eſt, vt *cauſſa ſine qua non*, et ita dominium procuratori dare non poteſt; quam enim obligationem ſaltim priori addit, nec tamen priorem perimit, qua in re a reliquis nouationibus differt, *l.* 41. §. 1. *D. de fideiuſſ. l.* 10. *D. de* *Negatur.*

de pign. act. l. 2. *C. de pact. l.* 7. *C. de iudic.* et hinc a Dd. *nouatio cumulatiua* appellatur, vid. STRYK. *in comment. ad Lauterb. tit. de nouat. in pr.* adde 4) quod ne quidem in effectu *lis* in procuratorem transferatur, ſed quod is tantum *dominus litis* quadam iuris ſubtilitate habeatur, res tamen, et actio maneat prioris domini, eiusque etiam nomine omnia agantur, vti fatetur DONELLVS *Lib. XVIII. cap.* 17. FRANZK. *ad D. h. t. n.* 5. vnde eſt, quod, ſi cauſſa id exigat, principalis habeat poteſtatem mutandi procuratoris, ne per occaſionem ſtricti iuris, quod procuratorem litis dominum fingit, vero domino iniuria fieret, retento procuratore ſuſpecto, aut parum idoneo. DONELLVS *l. c.* Eandem ob cauſſam ſola actio vtilis per procuratorem domino acquiſita valida eſt, procurator ipſe regulariter directa agere nequit, ſed exceptione doli ſubmoueri poteſt, ſi agat inuito domino *l.* 27. *et* 28. *D. de procur.* FABER *ad dict. LL.* Ex quibus manifeſto apparet, *dominium litis,* quod procuratori tiribuitur, non *ex quaſi contractu* deducendum, ſed magis ſubtilitati aut fictioni iuris ſuam debere originem, eamque adhuc aliunde petendam eſſe.

4) ***An dominium litis dependeat a mandato, et acquiſitione actionis?***

§. VII. Sunt adhuc alii, qui ex effectu *mandati* et acquiſitæ *actionis iudicati* hoc dominium deducunt: cum enim nec obligatio, nec actio alteri per alterum acquiri poſſit, *tit. I. per quas perſon. nob. oblig. acquir. L.* 1. *C. per quas perſ. n. b. acquir.* exinde fluit, quod ſtricto iure mandatarius tantum ſibi acquirat ſeque obliget, nec quicquam iuris dominus inde capiat, niſi actione a procuratore eidem ceſſa, cum itaque rei iudicatæ actio procuratori et in eum competat, nemo vero alieno nomine in iudicio agere poſſit, *l.* 123. *de R. I.* videri, iure ſtricto cauſſam ad ipſum pertinere ſtatuunt, adeoque eum litis

tis dominum eſſe, alias enim nec obligationem nec actionem (ſc. iudicati) ipſimet acquiri potuiſſe.

§. VIII. Neque tamen hæc ſententia firmo nititur fundamento; nam ſi acquiſitio actionis, vel exceptionis rei iudicatæ fundamentum et cauſſa dominii litis eſſet, ſequeretur, vt procurator, antequam ſententia vires rei iudicatæ nacta, et adeo hæc actio nata fuiſſet, dominus litis dici non poſſet: at vero, cum ſtatim ab initio proceſſus, nimirum lite conteſtata, procurator hoc nomine in LL. paſſim appelletur *l.* 22. 23. *C. de procurat.* apparet, ex alio fonte hoc dominium oriri, et potius ex dominio hoc præexiſtente tanquam *cauſſa*, acquiſitionem actionis et exceptionis rei iudicatæ tanquam *effectum* fluere, SCHILTER *Ex. ad D. X. th.* 46. quin et hoc ipſum, quod procuratori iudicati actio detur, *legi* 28. *D. de procurat.* quodammodo aduerſatur, vti inferius dicetur: conſequenter iam æque dubium eſt, cur procuratori actio vel exceptio rei iudicatæ detur, ac quidem, cur dominus litis in iure habeatur. *Negatur.*

§. IX. Sed nolo vlterius euagari, et aliorum Dd. opiniones referre, cum oſtenſo vero fundamento facile ſit aliorum ſententias ſecundum illud examinare ac diſcutere: vt itaque ordine procedam, inueſtigandum eſt 1) quid proprie ſit *dominium litis*, 2) qua occaſione illud procuratori tributum ſit, 3) quo ſenſu illud LL. in procuratoribus admiſerint, 4) an quibuſcunque procuratoribus dominium hoc conueniat. *In eruendo vero fundamento dominii litis quatuor conſideranda.*

§. X. Vocabulum *litis* ambiguum eſt, nam 1) denotat *rem in litem deductam.* VARRO *de lingua Lat. Lib. VI.* vnde æſtimatio litis eſt ipſius rei in litem deductæ. *l.* 47. *D. de R. V. l.* 8. *D. de eo quod certo loc. l.* 7. §. 1. *de public. in rem act. l.* 28. *de N. G.* *Lis denotat vel rem,*

l. ſ. de condiction. triticiar. conf. BRISSON. *de Verb. ſignif. voce* lis: præterea 2) denotat ipſam *actionem*, nam vt dicitur in *l. 36. D. de V. S. Litis nomen omnem actionem ſignificat, ſiue in rem, ſiue in perſonam.* BRISSONIVS *l. c.* Quando ergo quæſtio eſt de dominio litis, poteſt hoc ipſum intelligi vel de dominio *rei in litem deductæ*, vel de dominio *actionis*, ſeu de proprietate vel quaſi actionis de re controuerſa inſtitutæ. Sicuti enim actiones bonis annumerantur, *l. 28. D. de iniur. arg. l. 143. de V. S. l. 15. de R. I.* ita non adeo a ratione iuris alienum eſt, dominium actionis, licet improprie, et quadam iuris fictione alicui adſcribere.

vel actionem.

Dominium litis prædicatur vel de principali,

§. XI. DOMINIVM LITIS accipitur vel de ipſo *principali*, quem actio concernit, ſeu *de mandante*, vel etiam de *procuratore.* Prius liquidum eſt ex iure Romano, quo paſſim principalis *dominus litis* appellatur, et quidem *vero et proprio ſenſu*, cum iuris ſit expediti, procuratorem tantum conſtitui poſſe *a domino l. 1. pr. D. de procur.* adeo vt ne quidem tutor vel curator (vtut domini loco ſint, *l. 7. §. 3. D. pro emt. l. 27. de adminiſtr. tut. l. 56. §. 4. de furt.*) procuratorem valeant conſtituere. *l. 11. C. de procur. §. 6. I. de curat.* Hoc ſenſu in *l. 24. C. de procur.* dicitur, inquirendum eſſe in litis initio, an procurator ad agendum negotium mandatum a *domino litis* habeat, i. e. a Principali. Similiter in *l. 30. D. eod.* traditur, poſſe procuratorem deſiderare, vt ſibi ratione expenſarum ex iudicato ſatisfiat, ſi *dominus litis* ſoluendo non ſit; in *l. 31. D. eod. de hærede domini litis* diſponitur, et in *l. 14. D. ſi quis caution. in iud. ſiſt.* de ſtipulatione iudicio ſiſti a procuratore interpoſita ſecundum id, quod intereſt *domini litis* interpretanda: item in *§. 3. I. de ſatisd.* refertur, quomodo *dominus litis* procuratorem

Digitized b

toſem conſtituere valeat. Hoc ſenſu ergo *principalis* ideo vocatur *dominus*, quod ad eum *proprio nomine* pertineat actio, *dominus enim actionis recte is dicitur, cuius actio propria eſt. Et vero actio alicuius propria eſt, cuius commodum et incommodum ad eum ſuo nomine pertinet*, vt ait DONELLVS *Lib. XVIII. cap.* 12. quo poſito itaque tutores, curatores, adminiſtratores, ſyndici, immo et ipſi procuratores ante L. C. non ſunt domini litis. Breuiter: DOMINIVM LITIS eſt *facultas, vi cuius actio ita alicuius propria eſt, vt illam ſuo nomine mouere poſſit.* Magis de *actione*, quam de *re* in litem deducta vocem *litis* hic accipiendam eſſe apparet ex ſubſtrata materia, cum in huiuſmodi caſibus ordinarie de ipſa *actione* mouenda tantum diſquiratur, non de dominio *rei*, quod non ſemper actor ſibi vindicare poteſt, et adhuc, donec lis finita fuerit, illiquidum eſt, conſequenter in ſenſu latiori vox *dominii* hic accipitur, cum *ſtricte* alias de rebus corporalibus prædicetur. *Definitio.*

§. XII. De *procuratore* prædicatur *dominium litis* in *l.* 4. §. 3. *D. de alienat. iud. mut. cauſ.* vbi dicitur, quod *dominium* in procuratores transferatur, et in *l.* 4. §. *ſ. D. de appell.* quod procurator poſt litem conteſtatam *Dominus litis* efficiatur, quod ipſum repetitur in *l.* 22. *et* 23. *C. de proc.* immo et iure Canon. idem aſſeritur *cap.* 1. *verſ. licet.* et in c. 6. *de procurat. in* 6. litis conteſtatione *res procuratoris fieri* dicitur in *l.* 11. §. 3. *D. de except. doli mal.* quo ſenſu autem id fiat, non ſatis diſtincte communiter ſolet doceri. Videtur eodem fere ſenſu et modo *dominium litis* in procuratore fingi, quo prædicatur de ipſo mandante, vt denotet *facultatem, vi cuius actio eius propria ita habetur, vt eam quaſi ſuo nomine poſſit peragere.* conf. STRYK. *in Vſ. mod. tit. de procur.* §. 37. Neque per hoc dominium procu- *vel de procuratore.*

 rato-

ratoris, vti iam dictum, principalis *dominus* eſſe deſinit, DONELLVS *Lib. XVIII. cap.* 12. eoque nomine Dd. eidem *materiale* litis dominium, procuratori vero *formale* tribuere ſolent, ZIEGLER ad *Lancell. Lib.* 3. *t.* 2. *§. 6. in f.* STRYK *l. c.* nec obſtat vulgata iuris regula: *duos vnius rei dominos in ſolidum eſſe non poſſe*; nam hanc tantum locum habere in rebus corporalibus, non etiam in incorporalibus *arg. l.* 17. *D. de ſeruit.* qualis hic eſt litis tractatio, monet SICHARD. *ad l.* 21. *C. de procur.* cui addi poteſt, quod hic ne quidem ſint duo domini eiuſdem rei in ſolidum *eodem* plane *modo*, quia principalis quidem *vere*, et *proprie* litis dominus *eſt*, procurator vero pro domino *habetur*, quadam fictione, et iuris antiqui harmonia ita poſtulante. Cur vero neceſſum fuerit, tale dominium in procuratore concipere, vel potius fingere? ex antiquitatibus Rom. paullo altius euoluendum eſt.

Origo dominii litis.

Olim alieno nomine agi non poterat.

§. XIII. Aditum ad inquirendam originem huius dominii ipſe Imp. nobis parat, *in pr. I. de iis per quos ag. poſſ.* vbi ait: *olim in vſu fuiſſe*, alterius nomine *agere non poſſe*, *niſi pro populo*, *pro libertate*, *et pro tutela*, *praeterea ſingulariter lege Hoſtilia eſſe permiſſum*, *furti agere eorum nomine*, *qui apud hoſtes eſſent*, *aut Reip. cauſſa abeſſent*, *quiue in eorum tutela eſſent.* Regulariter itaque nemo per procuratorem agere poterat, et quibus id indultum erat, hoc ex ſingulari factum *aequitatis* ratione; nam vt totus *populus* ageret, impoſſibile erat; nec *ſeruus* in iudicio comparere poterat experiundi cauſſa, quo LIVIVS *Lib.* 3. *cap.* 45. reſpexit, aſſerens, *in his*, *quae aſſeruntur in libertatem*, *quemuis lege agere poſſe*, quod alias non erat permiſſum. Eadem quoque neceſſitas in *pupillo* fuit, qui ſub tutoribus conſtitutus per eos agere neceſſum habuit. Adeo autem per alium lege agi non

pote

poterat, vt ne quidem morbus, ætasue excuſaret, vt cautum erat in LL. XII. Tabb. *ſi in ius vocat, ſi morbus æuitasque vitium eſcit, qui in ius vocabit, iumentum dato, ſi nolit, arceram ne ſternito*, quam legem explicat CAECILIVS apud GELLIVM in *noct. Attic. Lib.* 20. *cap.* I. et RITTERSHVS. *ad pr. l. de iis per quos ag. poſſ.* cuius ſenſus huc redit: actorem ægrotanti vel ſeni reo iumentum dare debere, vt in ius venire poſſet, atque hoc ideo factum eſſe dicit, *ne cauſſatio iſta ægri corporis perpetuam vacationem daret fidem detrectantibus, iurisque actiones declinantibus.* Quodſi grauior morbus plane actorem vel reum impediret, quo minus in ius veniret, dies iudicii diffindebatur, h. e. differebatur iuxta legem antiquiſſimam: *ſi quid horum fuit vitium iudicii, arbitroue, reoue, dies diffiſus eſto.* IACOB. RAEVARDVS *ad LL. XII. Tabb. cap.* 5. *p.* 34.

§. XIV. Ratio huius diſpoſitionis erat in eo fundata, quod actiones eſſent *ſolemnes.* HERM. VVLTEIVS *ad pr. l. de iis per quos ag. poſſ. n.* 5. prout de origine actionum ſolemnium POMPONIVS in *l.* 2. §. *6. de O. I.* loquitur: *Deinde ex his LL.* (XII. Tabb.) *eodem tempore fere* ACTIONES *compoſitæ ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent, quas actiones, ne populus, prout vellet, inſtitueret,* CERTAS SOLEMNESQVE *eſſe voluerunt, et appellatur hæc pars iuris* LEGIS ACTIONES, *h. e. legitimæ actiones.* Hæ legis actiones comprehendebant (I) *formulas, quibus homines inter ſe diſceptarent*, quas magna induſtria collegit BARNAB. BRISSONIVS. *de Verb ſign. lib.* 5. ex quibus *ius Flauianum* atque *Ælianum* natum eſt. *c. l.* 2. §. 7. *de O. I.* (II) *Actus voluntariæ iuriſdictionis*, vt ſunt: adoptio, emancipatio, manumiſſio *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *D. de offic. proconſ.* et vtut maxime alias diſcepent, an *actiones legis et actus legitimi* differant, ſufficit tamen *Ratio prohibitionis.*

 inter-

interpretes in eo conuenire, quod actiones, quibus in iudicio diſceptatur, *ſolemnes et formulariæ* fuerint, vt indicat ICtus *c. l.* Iam autem ex toto iure conſtat, actus ſolemnes et legitimos procuratorem haud admiſiſſe, adeoque neminem eos alieno nomine explicare potuiſſe SCHILTER. *Exerc. ad D. XIV. th. 11. in f.* De adoptione legitur *in l. 28. in f. D. de adopt.* quod nemo poſſit per alium illam ſolemnitatem peragere, id quod et de aliis actibus ſolemnibus paſſim in iure noſtro traditur, v. g. de hereditatis aditione in *l. 90. pr. A. vel O. H.* de ſtipulatione in *l. 38. §. 17. D. de V. O. §. 18. I. de inut. ſtipul.* de acceptilatione *in l. 13. §. 10. D. de acceptil. etc.*

Per extraneam perſonam nihil poterat acquiri ſolemniter, neque extra iudicium.

§. XV. Ex his liquet, quo ſenſu accipiendum ſit, quod Imperator *in §. 5. I. per quas perſ. cuique acquir.* aſſerat: *per extraneam perſonam nihil acquiri poſſe.* Quid enim? an non per mandatarium alicui res acquiri poteſt? ita quidem eſt de *iure gentium*, cum quod quis per alium facit, id ipſe feciſſe putandus; quocum etiam mores Germanorum conueniunt. Sed *dominium* olim duplex erat, *naturale*, quod *bonitarium* vel *in bonis* appellabatur, et *ciuile* ſeu *legitimum*, quod *Quiritarium* vel *ex iure Quiritium* vocabant. FABER *ad l. 28. D. de procur.* ROSINVS *antiquit. Roman. lib. IX. cap. 4.* Is cui res ſimpliciter tradebatur abſque *mancipatione* vel *ceſſione in iure*, nanciſcebatur dominium naturale vel bonitarium, et hoc quin per alium acquiri potuerit, non eſt dubium, *l. 13. l. 53. D. de A. R. D. l. 8. C. de acquir. et retinenda poſſeſſ.* ſicuti poſſeſſio quoque, quia naturaliter acquiritur *d. l. 53.* et per hanc, ſi a vero domino res tradita ſit, ipſum dominium, quod hoc caſu a poſſeſſione ſeparari nequit, propter continentiam cauſſæ a procuratore domino acquiri poteſt, *cit. §. 5. I. per quas perſ. cuique acquir. d. l. 8. C.*

l. 8. C. PEREZ. *ibid. n.* 8. Aſt ſolemniter dominium acquirebatur mediante *mancipatione* vel *ceſſione* in iure, et quia hi actus ſolemnes erant; vt docet VLPIANVS *in fragm. tit.* 19. §. 3. *et ſeqq.* procuratorem non admittebant, et hoc ſenſu verum eſt aſſertum Imperatoris in *d.* §. 5. *per extraneam perſonam* ſolemniter *nihil acquiri poſſe*; quod hodie tamen, quo rationes adductæ ceſſant, aliter ſeſe habet.

§. XVI. Simili ratione de *iudiciariis actionibus* diſertis verbis quoque aſſeritur, quod procuratorem non admittant. Ita enim VLPIANVS *in l.* 123. *de R. I.* ait: *nemo alieno nomine lege agere poteſt.* Non potuit non hæc regula interpretum animos in diuerſa flectere, poſtquam viderunt, ſatis in iure decantatum fuiſſe tempore VLPIANI, per procuratorem omnino agi poſſe, atque inde tam varia huius textus orta eſt interpretatio. BACHOVIVS *ad pr. I. de iis per quos ag. poſſ.* exiſtimat, eam reſtringendam eſſe ad actus *voluntariæ iuriſdictionis*, veluti adoptionem, emancipationem etc. in quibus adhuc tum obtinuit, neminem illos actus per alios expedire potuiſſe, cum in actibus *contentioſæ iuriſdictionis* iam inualuiſſet, eoſdem per procuratorem explicari poſſe. Verum vtut hi actus voluntariæ iuriſdictionis *actiones legis* dicantur *l.* 4. *D. de adopt.* tamen verba illa *lege agere* tam generalia ſunt, vt hanc reſtrictionem non admittant, ſed et *voluntariæ, et contentioſæ* iuriſdictionis actibus competant. Principaliter enim *lege agere* is dicitur, qui ius ſuum ſolemniter et iuxta formulas in LL. XII. Tabb. præſcriptas in iudicium deducit *l.* 2. §. 6. *de O. I.* SCHILTER *Exerc. ad P. XIV. th.* 11. quo ſenſu LIVIVS ſupra §. 13. citatus dixit pro aſſerenda libertate quemlibet *lege agere* poſſe. Similiter CICERO *pro Cæcinna*: *omnes, qui in eadem cauſſa et lege agant,*

Neque in iudicio L. 123. de R. I. eiusque variæ interpretationis.

et

et ius ſuum perſequantur, et GELLIVS *Lib.* 20. *cap.* 9. ait: *ex iure manu conſertum* verba eſſe, quæ, cum *lege agitur*, dici apud Prætorem ſolent. Plura loca huc facientia collegerunt IACOB. RAEVARDVS *ad c. l.* 123. *de R. I.* BARNAB. BRISSON. *Select. antiquitat. lib.* 4. *cap.* 20. et *de Verb. ſign. voce: lege agere.* conſ. Eiuſd. *tractat. de formulis, ſeu ſolemnibus pop. Rom. verbis Cap. V. pag.* 387. *ſeq.* GOTHOF. *ad d. l.* 2. §. 6. *de O. I. lit. a.*

Noua interpretatio L. cit. Iacobi Gothofredi.

§. XVII. Nouam interpretationem huic legi attulit IACOB. GOTHOFREDVS in not. *ad c. l.* 123. quæ lex cum deſumta ſit ex VLPIANI *lib.* 14. *ad edictum*, eam commode explicari poſſe putat ex *l.* 6. *et* 8. *D. de inoffic. teſtam.* vtpote qui textus ex eodem *lib.* 14. deſumti ſunt. Quæritur in *d. l.* 8. *pr.* an pater inofficioſi querelam *filii ſui* nomine inſtituere poſſit, inuito eo? quod negat ICtus ex hac ratione, quod ipſius filii tantum iniuria ſit, ad eumque caſum reſpexiſſe VLPIANVM in *c. l.* 123. putat GOTHOFREDVS, ſimulque contendit *alieno nomine* agere hic non eſſe ſimpliciter *alterius nomine* agere, ſed potius *ſibi agere, ex iure tamen alteri competente*, vti in propoſita ſpecie pater *ſibi* agere volebat propter iniuriam filio illatam. Præterea addit, vocem *nemini* potiſſimum de *patre* eſſe intelligendam, vt ſenſus ſit; quamuis in filium pater poteſtatem habeat, ob iniuriam tamen, quæ ſolum filium tangit, eius nomine lege agere non poſſe; vt ita hæc regula ſit ratio deciſionis adlatæ in *l.* 8. *pr. D. de inoffic. teſtam.*

Quæ refutatur.

§. XVIII. Sed vtut alias haud infelici conatu leges difficiles ex aliis textibus ex eodem libro eiuſdem ICti deſumtis, illuſtrari queant, cui fini IACOB. LABITTI *indices legum* inſigniter inſeruiunt, tamen ita leges legibus ſunt coaſſandæ, ne exinde contorta plane fiat interpretatio. Certe tam impro-

probabilis et vix verbis conueniens, immo ipſis principiis logicis aduerſa eſt hæc GOTHOFREDI exegeſis, vt mirari liceat, illum, alias in interpretando accuratiſſimum, officium boni interpretis hoc in caſu adeo neglexiſſe. Sunt enim duæ a ſe inuicem diſtinctiſſimæ propoſitiones: *nemo alieno nomine lege agere poteſt*, et *pater inuito filio querelam mouere nequit*. Prior eſt generalis, poſterior loquitur de caſu ſpeciali, ab hac ad illam non valere conſequentiam in vulgus notum eſt. Sane communi ſenſui contrarium fuiſſet, ſi, quod *patrem tantum* concernit, hoc indefinite ICtus aſſeruiſſet, et *neminem* agere poſſe dixiſſet, cum vox *neminis* generaliſſima ſit, et omnes quoſcunque concernat. Porro verba *alieno nomine* itidem ſunt generalia, vt *filium* vnice reſpicere non poſſint, ſed *omnes* alios, cuiuſcunque conditionis ſint, comprehendant. Quid quod *alieno nomine*, et *inuito aliquo agere*, pari ratione ſint toto cœlo diuerſa: quid enim? ſi quis propoſitionem hanc proferret: *pater inuito filio nuptias conciliare nequit, per l.* 21. *et* 22. *D. de R. N.* alibi vero diceret: *nemo alieno nomine nuptias contrahere poteſt*, an hæ duæ propoſitiones ſunt in eundem capiendæ ſenſum? Certe non videtur. conſ. SCHILTER *Exerc.* 14. *th.* 11.

§. XIX. Quid denique neceſſum eſt, nodum in ſcirpo quærere? verba legis aperta ſunt, et loquuntur de *iure antiquo*, rubrica enim totius tituli oſtendit, tradi in illo *regulas iuris* ANTIQVI. Regerit quidem GOTHOFREDVS, non tradi ibidem regulas iuris obſoleti et antiquati, quorſum refert aſſertum Imperatoris: *per procuratorem olim experiri non licuiſſe;* aſt enim vero, vti ex mox dicendis apparebit, hoc gratis ita dicitur, cum ius illud pro antiquato et obſoleto haberi non *Ratio huius legis in anti qui iuris ſubtilitatibus quærenda.*

poſſit, ex quo plures concluſiones adhuc ſuperſunt; vt enim iſtæ eo rectius intelligantur, opus eſt recurrere ad antiqui iuris regulas, ſine quibus verus et genuinus ſenſus erui in his concluſionibus non poteſt. Quoties adhuc in *Inſtitutionibus* recurrendum eſt ad antiquas fabulas, vt explicentur, ea, quæ exinde deducuntur? quid quod et multas antiquati et obſoleti iuris regulas a ICtis paſſim adductas fuiſſe infinitis exemplis oſtendi poſſit; adeoque re vera VLPIANVS idem docet quod IMPERATOR, in tantum, vt fere verba ipſa conſpirent. Nam IMPERATOR ait: *alterius nomine agere non poſſe pr. I. de iis per quos ag. poſſ.* et VLPIANVS: *nemo alieno nomine lege agere poteſt*, et cum hic ICtus *lib.* 14. *ad edictum* de *IVDICIIS* quoque egerit, ſatis conueniens hæc regula *iuris antiqui* ibidem tradita, atque forte etiam expoſita fuit. conf. IACOB. RAEVARDVS *ad l.* 123. *de R. I.*

Contra eam excogitatum a ICtis remedium indirectum; vt per procuratores tamen litigari ius ſit.

§. XX. Verum enim vero *quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem liceret, cœperunt homines per procuratores litigare*, vt ait IMPERATOR *in pr. I. de iis per quos agere poſſ.* Aſt, quomodo ſalua iuris antiqui ratione id factum fuerit, haud explicat; neque enim credibile eſt, antiquam illam legem XII. Tabb. cuius magna erat in populo veneratio, ſublatam fuiſſe, ſed potius, quemadmodum in aliis iuris articulis maxime incommodis ICti *vias indirectas* ſolebant excogitare, quibus ſalua ſtricti iuris ratione expeditius agere poſſent, ita non alienum a veritate videtur, eiuſmodi medium etiam hic ab iis inuentum fuiſſe, quo ſaluo iure antiquo per procuratorem agerent. Scilicet *dominus litis* ipſemet agere debebat, nihil ergo facilius erat, quam procuratorem conſtituere *dominum litis*, vt

non

Digitized by Google

non *alieno*, ſed *ſuo* quaſi *nomine* agere videretur; atque inde, ni fallor, vnice natales *dominii litis*, quatenus de *procuratore* prædicatur, peti debent. Collineat huc RAEVARDVS *c. l.* inquiens: *non ille, cuius nomine agitur, ſed procurator ipſe dominus litis conſtituitur, eamque ſuo nomine exſequitur.*

§. XXI. Et quidem ab initio *cognitores* ad hoc negotium conſtituti fuiſſe videntur. Erant autem *cognitores* iuxta ASCONIVM *in diuinat:* et SCHILTERVM *Ex. X. th.* 42. qui præſentis litigatoris cauſſam cognoſcunt et tuentur *vt ſuam*, h. e. quaſi domini litis. Quod ius ex æquo et bono profluiſſe docet CICERO *Lib. I. ad Herenn. vt maior LX. annis, et cui morbus cauſſa eſt, cognitorem det*, ex quo conſequitur, ab initio tantum *cognitores* admiſſos fuiſſe in caſu *impedimenti neceſſarii.* Idem clarius mentem ſuam exponit in *orat. pro Roſc. Comædo circa fin.* vbi ita: *quid intereſt inter eum, qui per ſe litigat, et qui cognitor eſt datus? qui per ſe litem conteſtatus eſt, ſibi ſoli petit, alteri nemo poteſt* (cum alieno nomine lege agere haud liceat) *niſi qui cognitor eſt factus* (quia hic litem tuetur vt ſuam, ſibique non alii petere videtur) *itane vero cognitor ſi fuiſſet tuus, quod indicio viciſſet foret tuum? cum ſuo nomine petiit, quod abſtulit,* SIBI *non* TIBI *exegit.* Differebat ergo *cognitor* a *procuratore*, quod hic *abſentis* nomine ageret, ille *præſentis.* Clare enim hoc diſcrimen innuit CICERO *pro Cæcinna* dicens: *Procurator non omnis is eſt, qui negotia aliena gerit, ſed is dicitur legitime omnium rerum eius, qui in Italia non ſit, abſitue Reip. cauſſa, quaſi quidam et pene dominus, h. e. alieni iuris vicarius*, quem locum refert GOTHOFRED. *ad l.* 1. §. 5. *D. h. t. lit. t.* conſ. FRANC. POLETTVS *in hiſtor. for. Rom. lib.* 2. *cap.* 2. Ex quo rurſus apparet, etiam *procuratores* ſtricte dictos, quatenus olim a *cognitoribus* diſtincti fuerunt, pro *dominis litis*

Primum cognitores adhibiti.

Differentia cognitoris et procuratoris.

habi-

habitos fuiſſe in iis maxime cauſſis, quæ præciſe *domini* præſentiam requirebant. Poſtquam vero hoc diſcrimen *cognitores* inter et *procuratores* ab vſu fori Rom. receſſit, et nomen *cognitoris* obſoleuit, generali nomine *procuratoris* retento, manſit tamen concluſio ex iure antiquo, procuratorem litem datum *dominium litis* ſuſcipere debere, ne quis videretur *alieno* magis, quam *ſuo* nomine agere.

Procuratores ſolemniter conſtituendi et iuſta de cauſſa.

§. XXII. Sic itaque ſub hac fictione cœperunt homines per procuratores litigare, quod quidem ab initio non indiſtincte permiſſum fuiſſe videtur, ſed demum *iuſta de cauſſa*, quorſum reſpexit IMPERATOR in *pr. I. de iis per quos ag.* dicens: *nam et morbus, et ætas et neceſſaria peregrinatio itemque aliæ multæ iuſtæ cauſſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quo minus rem ſuam ipſi* (quod alias neceſſarium erat) *exſequi poſſint.* Id quod etiam CICERO in §. præced. allegatus fatetur, cenſetque ex *bono* et *æquo* hoc ius fuiſſe introductum. Nec improbabile eſt, quod aſſerit RAEVARDVS *ad l. 123. de R. I.* ſolemni quadam ratione olim procurationem apud acta fuiſſe ſuſceptam, vt ita *dominium litis* eo ſolemnius in procuratorem transferretur, nam et actores olim *decreto Prætoris*, h. e. apud [illegible] conſtituebantur, quoties tutores negotiis ſupereſſe non poterant. *l. 24. pr. D. de admin. et peric. tutor.*

Dominium litis eodem ſenſu de procuratore quo de Principali prædicatur.

§. XXIII. Vidimus occaſionem, qua factum, vt *dominium litis* in procuratorem tranſlatum ſit, nunc etiam examinandum, *quo ſenſu illud leges in procuratoribus acceperint.* Ex dictis autem iam facile conſtabit, iſtud in foro Rom. eodem ſenſu de *procuratore* intellectum fuiſſe, quo de ipſo *principali*, id quod etiam tot effectus notabiles iuris, infra notandi oſtendunt, et præterea ipſa ratio iuris ſatis demonſtrat: cum enim ipſe dominus

minus litis *per ſe* agere deberet, neceſſario tale dominium litis in procuratore ſubſtituendum erat, quale ad agendum in litigatoribus ipſis requirebatur. Non itaque mirandum, quod translatio huius dominii litis inter ſpecies *alienationis* in iure relata fuerit, VLPIANVS enim *in l. 4. §. 3. D. de alienat. iud. mutand. cauſ.* cum oſtendere conatur, litem in alium transferre non eſſe prohibitum ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes neceſſarias, hoc ipſum probat ab abſurdo: *ceterum*, inquit, *erit interdictum et per procuratores litigare, dominio in eos plerumque ex iuſta cauſſa translato.* h. e. vt ANTON. FABER *in rational. ibid.* verba hæc interpretatur: ſi adeo ſtricte hoc edictum *de alienatione iudicii mutandi cauſſa* accipi deberet, vt quælibet alienatio, per quam iudicium mutaretur, interdicta eſſet, etiam, quæ *neceſſariam*, aut ſaltim *iuſtam et probabilem* cauſſam habuiſſet; fore, vt neque per procuratorem quis poſſit litigare, cum litis dominium in eos transferre neceſſum ſit. Quid vero eſt, quod ICtus aſſerat, *plerumque* transferri dominium in procuratores, et quidem *ex iuſta cauſſa*, cum tamen ſemper *dominium* transferri debeat, nec reſpiciatur ad procuratoris conſtitutionem, vtrum cauſſa iuſta ſit, nec ne? Non improbabilis eſt coniectura ANT. FABRI in *rational. ad d. l.* textum hunc corruptum eſſe ab imperito interprete, qui forſan exiſtimauit, hanc legem de *procuratore in rem ſuam eſſe* intelligendam, et ideo addidit, *plerumque* transferri dominium *ex iuſta cauſſa.* Nam de *procuratore in rem ſuam* hic non eſſe ſermonem, totus contextus oſtendit, dum generaliter VLPIANVS aſſerit: *ceterum erit interdictum* et *per procuratorem* litigare, quæ verba de ſimplici procuratore intelligenda ſunt, cum re vera, quando ceſſionarius agit, non alter (ſc. cedens)

 liti-

litigat per procuratorem, ſed tantum *fingitur* per eum litigare, et hæc translatio litis, quæ fit per ceſſionem, æque comprehenditur ſub edicto, quam quæ fit alia alienatione, non vero ea, quæ fit per procuratoris conſtitutionem.

Poteſt tamen procurator per ſubſtitutum agere.

§. XXIV. His omnibus tamen obſtare videtur, quod procurator dominus litis factus poſſit per *ſubſtitutum* litigare, et ita per alium, non per ſemet ipſum, qui ergo factum, vt cum ipſe principalis non poſſit per alium agere, niſi alium *ominum litis* conſtituat, tamen procuratori tanquam litis domino hoc permiſſum ſit, qui tamen non videtur plus iuris habere poſſe, quam ipſe principalis? Verum hæc concluſio ſerius nata et eo quidem tempore videtur, quo iam in foro ſatis receptum erat, per *procuratores* litigari poſſe. Nam vbi per longam et inueteratam praxin ſemel confirmatum erat, vt indiſtincte, etiam nullo impedimento exiſtente, per *procuratores* agi in iudicio poſſet, manſerunt quidem plures concluſiones ex *dominio litis*, et ipſi procuratores adhuc *domini litis* dicti fuerunt, ſed regula antiqua: *quod alieno nomine agere non liceat*, eo ipſo ſæpe conculcata et reſtricta fuit, et hoc etiam in eo factum, quod ſubſtitutio procuratorum poſtea admiſſa fuerit.

Modus acquirendi dominii litis.

§. XXV. Admiſſa ſemel hac fictione, quod procuratores *domini litis* eſſent conſtituti, conſtituenda quoque erat ratio, per quam *dominium litis* in eos transferretur, atque hæc fere duplex in iure deprehenditur, alia *ordinaria*, alia *extraordinaria*.

Ordinarius, litis conteſtatio.

Ad *ordinariam* viam transferendi litis dominii refertur *litis conteſtatio*, quæ inter quaſi contractus recenſetur, ſicuti enim in ſtipulatione contrahitur, ita et in iudicio contrahi videtur, *l.* 3. §. 11. *D. de pecul.* ex quo infertur in *l.* 4. *in f. D. de appell.*

Digitized by Google

pell. quod procurator, tam *actoris* quam *rei*, quia vtrinque eadem eſt ratio, lite conteſtata *dominus litis* efficiatur (adeo, vt in cauſſis ſummariis, vbi ſolemnis litis conteſtatio non requiritur, quælibet reſponſio, vel actus contradictorius, quantum ad hunc effectum vim L. C. obtineat, Cardin. MANTIC. *dec. Rom.* 204. LAVTERB. *Diſſert. de procurat. ſubſtituta Cap. III.* §. 9.) Ratio ea redditur, quod ita cum aduerſario quaſi contraxerit, et inde putat SCHILTER. *Exerc. X. th.* 46. *dominium* hoc *per litis conteſtationis* quaſi contractum tranſire in procuratorem (vtut hoc neget CARPZ. *deciſ.* 246. *n.* 18.) *conf. L.* 11. *pr. de except. dol. mal. l.* 22. 23. *C. de procurat.* Nec intereſt, *verène* litis cont. ab ipſo procuratore facta ſit, an, quod Dd. vocant, *interpretatiue*, h. e. quando principalis ipſe litem conteſtatus eſt, et poſtea procuratorem conſtituit, isque primum actum contradictorium in iudicio fecit, vtpote qui videtur habere rationem litis conteſtationis; cum principalis, quicquid iuris ac dominii ipſe acquiſiuit, per *litis conteſtationem*, id per conſtitutionem procuratoris in eundem, quaſi per traditionem cenſetur tranſtuliſſe. SICHARD. *ad l.* 13. *C. de procur.* VMMIVS *ad proceſſ. diſp. III. th.* 8. *n.* 47. BRVNNEMANN. *ad L.* 20. *C. de procurat.*

§. XXVI. Quod vero per L. C. procuratorem dominum litis effici dixerim, non abſolute et excluſo mandato præcedente accipiendum; ſi enim ſola litis conteſtatio dominum litis conſtitueret, dicendum foret, dominium litis tranſire in procuratorem, qui ignorante principali cauſſam ſuſciperet, et abſque mandato litem conteſtaretur, quam opinionem fouet Sichardus ad *l.* 21. *C. de procur.* merito refutatus a Perezio *ad C. eod. n.* 7. quoniam cum procuratore, qui mandato deſtitui- *Præſuppoſito tamen mandato Principalis.*

ſtituitur, nullum ſubſiſtit iudicium, *l.* 24. *C. de procur.* et exceptio deficientis mandati perpetuam nullitatem inducit. Praeterea *litis dominium* ex principalis voluntate in procuratorem transferendum eſt, non ex ſolo quaſi contractu cum *alio* inito, cum hic *dominium litis* transferre nequeat, quod eius non eſt. Praeterea oſtenſum iam eſt ſupra §. XXII. *in f.* olim ſolemni quadam ratione procurationem apud acta fuiſſe ſuſceptam *voluntate principalis*, et ita ſerius introductum videtur, vt extraiudicialiter litis dominus conſtitueretur: quorſum etiam collineat *L.* 4. §. 3. *de alienat. iudic. mut. cauſ.* vbi dicitur: *principalem dominium litis in procuratorem transtuliſſe*, ex quo inferri poteſt, primariam conſtituendi litis dominii cauſſam petendam eſſe *ex facto ipſius principalis*, qui conſtituendo procuratorem ipſum olim litis dominum facere debebat. At vero ſicuti in aliis rebus ſola *voluntas domini* non transfert dominium, ſed praeterea *traditio* accedere debet; ita quoque in acquirendo hoc *dominio litis* ipſa *litis occupatio* neceſſaria videbatur, quae per *litis conteſtationem* tanquam initium litis peragebatur, cum ante illam nec lis eſſe videretur, nec iudicium *l.* 30. *D. de iudic.* ibique GOTHOFR. PEREZ. *ad C. tit. de L. C. n.* I. RITTERSHVS. *ad Nou. P. IX. Cap.* 16. §. I. Neque tamen litem conteſtari et quaſi contrahere potuiſſet procurator, niſi ad occupandum hoc modo dominium litis ius habuiſſet, vt ita *mandatum* principalis ſit inſtar *cauſſae* vel *tituli*, litis conteſtatio vero inſtar *modi acquirendi* huius dominii, haud ſecus ac in aliarum rerum dominio acquirendo *titulus* et *modus* requiritur, *l.* 31. *D. de A. R. D. l.* 20. *C. de pact.* Videtur huc reſpexiſſe PAVLVS in *l.* 32. *D. de procurat.* quando ait: *pluribus procuratoribus ſimul in ſolidum datis, occupantis melior eſt conditio, vt poſterior non ſit in*

eo,

ea, quod prior petit, procurator. In hac ſpecie ſinguli procuratores conſtituti erant ad litem, ſed hactenus nondum domini facti, antequam *occupatio litis* accederet, quæ intelligitur fieri per litis conteſtationem GOTHOFRED. *ad d. L.* 32. ANTON. FABER. *in rational. ad c. l.* BRVNNEMANN. *ad d. l. n.* 1. quod et iuri canon. conuenit, *cap. 6. de procur. in* 6. Sic itaque non tam *dominium litis* inde eruendum eſt, quod cum aduerſario quaſi contraxerit, ſed quod per L. C. ipſam litem occupet, ſuſcipiat, et in ſe transferat procurator, *voluntate* eius, qui primario eſt litis dominus.

§. XXVII. Extraordinaria ratio acquirendi *dominii litis* conſiſtit in *ſatiſdatione*, a defenſore abſentis conſtituta, *liteque ſuſcepta.* Defenſor eſt, qui ſine mandato abſentem defendit in iudicio, qui cum mandatum ad acquirendum dominium non haberet, conſtituendum fuit aliud medium, per quod illud ſuſcipere poſſet, ſcil. *ſatiſdatio de rato, vel iudicato ſoluendo.* §. 2. *I. de ſatiſd. l.* 40. §. 3. *de procurator.* Erat *ſatiſdatio* loco *mandati expreſſi*, ſed tamen adhuc *occupatio litis* deficiebat, et ita nondum dominium litis *perfecte* in eum translatum erat, licet LABEO hoc textu dicat, quod *domini loco* habendus ſit. Proinde olim dubitatum fuit, an litem occupare, ſeu iudicium ſuſcipere defenſor, qui ſatiſdedit, cogi poſſit? In *l.* 43. *in f. h.* cum temperamento hoc admittit LABEO: in *l.* 45. *eod.* vero SABINVS exiſtimat, hoc caſu prætorem non poſſe cogere defenſorem ad iudicium accipiendum, adeo vt ne quidem ex ſatiſdatione conuenire poſſit, *ſi iuſtas cauſſas habeat, cur iudicium accipere nolit.* Quodſi itaque præter ſatiſdationem iudicium ſuſcepiſſet defenſor, iam dominus litis ex *ſatiſdatione et iudicii ſuſceptione* plene erat factus, et ita forſan facilius cogi potuerat ad litem continuandam. *Extraordinarius ſatisdatio, cum iudicii ſuſceptione.*

Procuratoribus extraiudicialibus tale dominium non competit.

§. XXVIII. Reliquum eſt, vt examinemus, an quibuſcunque procuratoribus hoc dominium competat, et quidem, quod ad procuratores *extraiudiciales* ſeu *mandatarios* attinet, illos rei tractatione dominos negotii fieri exiſtimat WESENBEC. *ad D. tit. de procurat.* et cum eo HAHN. *ibid.* Rationem inde deducunt, quod ſuſcepta negotii tractatione res non amplius ſit integra. Verum ex eo fictum aliquod dominium concludi nec debet, nec poteſt: non *debet*, quoniam fictiones ideo introductæ, vt ratio et diſpoſitio iuris conſeruetur, adeoque cum lex nemini alieno nomine *agere*, ſiue *iudicialia* negotia tractare permitteret, ad ſuſtinendam hanc iuris diſpoſitionem omnino opus erat, in procuratore aliquod dominium fingere. Sed quia negotia *extraiudicialia*, exceptis quibuſdam caſibus, per alium quemlibet expediri non prohibentur, adeoque nulla hic neceſſitas occurrit, conſeruandi legem prohibitiuam, quæ nuſpiam erat, fictione etiam tanquam iure ſingulari, hic non eſt opus; neque *poteſt* etiam hic aliquod dominium fingi, quia fundamentum et cauſſa, ex qua in iudicialibus hoc dominium deriuatur, in extraiudicialibus ceſſat. Non itaque ex eo, quod res deſiit eſſe integra, dominium aliquod negotii, ſed hoc tantum deduci poteſt, quod tunc nec mandati pro lubitu mandatum reuocare, nec mandatario eidem renunciare facile permittatur; §. 9. *et* 11. *I. mandat.* conf. SCHILTER. *Exerc. ad D* X. *th.* 51. Allegant equidem diſſentientes pro ſtabilienda ſua ſententia *l.* 38. §. 2. *D. de V. O. l.* 1. *D. de ſtipul. ſeru. l.* 5. §. *vlt. D. de conſtit. pecun.* ſed prima quidem lex plane nihil continet, quod illorum ſententiam approbet, duæ poſteriores de ſeruo loquuntur, qui quidem domino obligationem et actionem acquirit, ſed non vi ali-

cuius

cuius dominii, ſed potius propter fictionem vnitatis perſonæ ſerui cum domino, cui omnia ſibi quocunque modo honeſte obuenientia acquirit. *pr. et* §. 1. *I. de ſtipulat. ſeru.* §. 3. *I. per quas perſ. cuique acquir.*

§. XXIX. Porro an de *ſyndicis* dominium litis prædicari poſſit, diuerſæ ſunt Dd. opiniones. Affirmant communiter, ex ratione, quod a procuratoribus ad ſyndicos valeat conſequentia, niſi diſparitatis ratio manifeſto appareat. *l. 6.* §. 3. *quod cuiuſque vniuerſ. nom.* HILLIGER *ad Don. Lib. XVIII, cap.* 12. STRYK. in *Vſ. mod. D. d. tit.* §. 12. *et* 14. vnde et tam in Iure Civ. *l.* 30. *C. de decurion.* quam iure canon. *cap.* 7. *et* 9. *X. de procur. procuratorum* nomine veniunt, et quod hoc ipſo facultas alium ſubſtituendi iis competat, PEREZ *ad C. tit. de proc. n.* 2. 5. Obſtare quidem videtur *l.* 74. *D. de procurat.* quæ prohibet actorem ciuitatis negotium publicum per procuratorem agere, cum itaque ea, quæ olim per actorem expediebantur, poſtmodum per ſyndicos, quibus omnes vniuerſitatis res commiſſæ, tractari cœperint, *l. 6.* §. 1. *quod cuiuſque vniu. nom.* videri poterat, hanc ſubſtituendi poteſtatem non competere ſyndico. Sed recte notauit ANTON. FABER *ad d. l.* 74. illam intelligendam eſſe de caſu litis nondum conteſtatæ, vbi actori non magis ac ſimplici procuratori, cuius partibus atque etiam iuribus fungitur actor vniuerſitatis, *l. 6.* §. 3. *D. quod cuiuſque vniu. nom.* ſubſtituendi facultas non competit, cum ipſorum induſtria electa ſit, quam ob cauſſam etiam, non facile, cum poſſet, ſyndicum hoc iure ſuo vti debere, monet STRYK. *in vſ. mod. D. d. l. n.* 14.

An ſyndicis? Affirmatur.

§. XXX. Eadem quoque de tutoribus et curatoribus dicuntur *in l.* 8. *et* 11. *C. de procurat.* quod ad exemplum procurato-

An tutoribus et curatoribus?

ratorum et ipſi poſt L. C. domini litis facti, alium *procuratorem* dare poſſint, cum ante L. C. non niſi *actorem* potuerint conſtituere; *vid. ſup.* §. *XXII. in f.* quia eadem hic ſubeſt ratio, cum tutores et curatores omnia pupillorum et minorum negotia, tam extraiudicialia, quam iudicialia fideliter tractanda, in ipſa tutelæ conſtitutione in ſe ſuſcipiant, adeoque, quantum ad illa, mandatariorum, quantum ad hæc, procuratorum vice fungantur. Fiunt vero domini litis abſque præcedente mandato, quod alias ſupra exegimus, ſed tamen ipſa in eos tutelæ translatio eſt loco mandati ad hanc cauſam, et ſubſequens litis occupatio per L. C. dominos litis eos facit.

An interpretibus et nunciis? negatur.

§. XXXI. De nuncio tamen et interprete hoc dominium prædicari nequit, tum, quia hi ad actum tanti momenti, qualis eſt L. C. raro adhibentur, tum quoniam, ſi vel maxime adhiberentur, non *ſuo* tamen *nomine*, quod in dominio litis præſupponebatur, negotium gerunt, ſed tantum corporis ſui miniſterium præſtant principali, adeoque *nuncius* eſt ſaltim interpres voluntatis illius, qui eum miſit, STRYK. *in not. ad Lauterb. p. m.* 566. conſequenter non ipſe contrahit, ſed ſententiam modo alterius alteri refert, neque etiam ipſe obligatur: et vix concipi poteſt, quomodo L. C. per nuncium fieri poſſit, cum nomine alterius comparens in iudicio ibidemque actum magni momenti expediens, mandato ſe legitimare debeat, atque inde non nuncius, ſed procurator eſt. LAVTERB. *diſſert. de nuncio th.* 35. Idem iuris eſt in *interprete*, qui tantum voluntatem vnius alteri exponit, *l.* 1. §. *f. D. de V. O.* STRYK. *de act. for. inueſt. ſect. I. membr.* 8. §. 10. 11. 12. et ita præſentiam domini ſupponit, cuius mentem in litis conte-

conteſtatione tantum iudici declarat, et aperit, adeoque ipſe dominus præſens agit, litemque conteſtatur. vid. LAVTERBACH. *in d. diſſ. de nuncio th.* 4. nec vnquam fere contingere poteſt caſus, vt quis litem conteſtetur mediante interprete, cum plerumque in ſcriptis proponi illa ſoleat, vbi ſtilus curiæ conſuetus obſeruandus eſt.

CAPVT II.
DE
VARIIS EFFECTIBVS DOMINII LITIS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Verum cauſſæ dominium eſt penes principalem, fictum litis dominium penes procuratorem. II. Vnde principalis procuratori aſſiſtere poteſt; III. verum dominium cauſſæ penes eum manet; IV. inuito procuratore valide tranſigit; V. actionem vtilem per procuratorem acquirit tam actiue quam paſſiue; VI. Ex iuſta cauſſa procuratorem valide mutat; VII. rationes a procuratore exigit. VIII. Eius ſpeciali mandato opus eſt ad actus maioris præiudicii a procuratore peragendos. IX. Vi dominii ficti ſententia in procuratorem ferenda; X principalis citatus non comparens non fit contumax; XI nec procurator condemnatus in actione famoſa fit infamis, nec principalis; XII principalis cautionem, iudicatum ſolui, præſtat pro procuratore; XIII. Vnus ex pluribus procuratoribus, per occupationem litis, ceteros excludit; XIV. Procuratoris negligentia nocet domino; XV. ſibi actionem directam acquirit actiue et paſſiue; XVI alium ſubſtituere poteſt; XVII. et ſubſtitutum reuocare; XVIII. ipſe non poteſt reuocari niſi cauſſa cognita. XIX. Procurator non niſi expreſſe conſtitui poteſt, XX. et non niſi in cauſſa principalis propria; XXI. nec in cauſſis criminalibus. XXII. An exceptio deficientis mandati poſt L. C. opponi queat? XXIII. Procurator principalem quoque in reconuentione tuetur. XXIV. An litem in heredes tranſmittat? XXV. Cauſſam in appellatione proſequi tenetur. XXVI. Morte principalis eius mandatum non exſpirat.*

Digitized by Google

§. I.

Dominium litis, ſubordinatum dominio cauſſæ.

Cum per dominium litis, quod habet *procurator*, dominium litis *ipſius principalis* in effectu illibatum ſaluumque maneat, illudque huic tanquam potiori ſubordinatum ſit, et ab eo dependeat, hinc duplex dominium hic ſtatuendum eſſe ſecundum principia ante iacta videtur: *α) principale*, ſeu fundamentale et proprium dictum, quod dominus habet, *β) ſubordinatum* et fictum, quod in procuratorem translatum eſt. Cum itaque, vbi lis per procuratorem agitur, hæc duplex dominii ratio concurrat SCHILTER. *ad D. Ex. X. th. 46.* multiplices quoque inde promanant effectus, quorum quidam *mandantis*, quidam *procuratoris* concernunt poteſtatem, qui proinde etiam ab inuicem probe ſecernendi ſunt.

Effectus ratione Principalis:

I) poteſt procuratori ſuo aſſiſtere.

§. II. Primum igitur videndum de effectibus dominii litis, quod principalis adhuc habet, licet procuratorem conſtituerit. Hic enim, quia in effectu *cauſſæ et rei in litem deductæ* dominus manet, adeoque, vti dictum, ab eo dependet fictum procuratoris litis dominium, poteſt I) procuratori ſuo adeſſe eique aſſiſtere, *l. 69. D. de procur.* ſi eiuſdem induſtriam ac fidem ſuſpectam habeat, ne alias ipſi fiat iniuria, cum etiam extraneis, qui commodum vel incommodum ex controuerſia ſperant, non prohibitum ſit liti adeſſe. *l. 29. pr. D. de inoffic. teſtam.* Hæc aſſiſtentia apud Romanos eo magis recepta erat, quoniam non facile procurator ſemel datus reuocari poterat; *aſſiſtere* autem non erat reuocare procuratorem, cum ita lis adhuc per procuratorem perageretur. Nec obſtat, quod dicitur *in l. 5. §. vlt. D. commod.* non poſſe duobus in ſolidum vnius rei competere dominium, nam ad hanc obiectionem iam ſupra §. XII. Cap. præced. reſponſum, cui hoc tan-

tantum addo, quod et in ipſa *legerit*. hæc duo dominia, *cauſſæ* ſcil. et *litis* diſtinguantur. Nam ICtus dominum *cauſſæ ſuæ* adeſſe non prohibet, non vero ait dominum *litem* ſimul peragere poſſe; quæ probe ſeparanda, monente A. FABRO *ad d. l. 69.*

§. III. Ex hac obſeruatione nouus fluit effectus, quod II) dominium *cauſſæ* vel *rei in litem deductæ* in procuratorem non tranſeat, ſed ad principalem omne emolumentum actionis redundet, quippe cuius nomine re vera et in effectu, ſepoſita ſubtilitate et fictione iuris Rom. agitur. DONELLVS *Lib. XVIII cap. 12.* Equidem per L. C. res procuratoris fieri dicitur *in l. LI. pr. D. de except. dol. mal.* Et ita eius dominium non videtur penes principalem remanere. Verum enim vero hoc de *ſubtili et ſtricto iure* accipiendum eſt, vti patet ex verbis ſeqq. *cit. l.* quod procurator litem ſuo *quodammodo* nomine exſequatur, ex quo apparet, non *abſolute* locutum eſſe ICtum, ſed de antiqui iuris fictione: conſtat enim ex toto iure, illud, quod *quodammodo* tale eſſe dicitur, non denotare ipſam rei ſubſtantiam, ſed tantum quandam cum re ipſa analogiam. *l. 6. D. de donat. l. 22. C. de agric. et cenſit. Nov. 48. pr. l. 63. D. pro ſoc. l. 1. pr. D. quod iuſſu l. 21. §. 1. de N. G.* quin et præterea vocabulum *rei* generaliſſimum eſt *l. 5. et 23. D. de V. S.* neque adeo de *re in litem deducta* præciſe intelligi debet; nam in effectu et proprie loquendo res et cauſſa nunquam, nec poſt L. C. procuratoris fit, ſed intuitu huius ſemper eſt et manet aliena. FRANZK. *ad D. tit. de procur. n. 5.*

II) dominium cauſſæ penes ipſum manet.

§. IV. Inde eſt III) quod principalis inſcio et inuito procuratore cum aduerſario poſſit tranſigere, cum perſona et intentio mandantis potiſſimum reſpiciatur, et quicquid procura-

III) Inuito procuratore tranſigit.

curator agit in iudicio, id in *effectu* nomine non proprio, ſed *principalis* fiat; adeoque procurator domino tranſigere volenti obicem nullo modo ponere poteſt, vtpote cui liberum eſt, mandatum plane reuocare, et procuratorem alium *ex iuſta cauſſa* conſtituere *l.* 17. *D. h. t.* At vero obiiciet quis, hoc non fieri poſſe, niſi cauſſa cognita: *d. l.* ſed reſpondetur, hac cauſſæ cognitione ne quidem opus eſt, modo omnes, quorum intereſt, conſentiant; *l.* 65. *in f. D. de procurat. l.* 58. *D. de pact.* Nimirum conſenſus procuratoris tantum requiritur durante adhuc lite, non finita, quæ exſpirat per tranſactionem, CARPZ. *deciſ.* 246. *per tot.* BRVNNEMANN. *ad l.* 17. *h. n.* 3. Neque obſtat, per L. C. quaſi contractum eſſe celebratum inter *procuratorem et aduerſarium*, eumque adeo inuita altera parte diſſolui non poſſe, immo procuratorem poſt L. C. *litis dominum* effectum eſſe: nam neutrum horum tranſactionem principalis poteſt interuertere, non *quaſi contractus litis conteſtationis*, quippe qui in effectu magis ipſum principalem reſpicit, quam procuratorem, nec altera parte inuita, ſed potius in tranſactionem conſentiente a lite receditur, non etiam fictum *litis dominium*, quia per hoc verum, quod Principalis habet, dominium cauſſæ non interuertitur, ſed potius *cauſſa* reſpectu procuratoris ſemper manet in effectu aliena, conf. pluribus CARPZ. *l. c.* vbi præiudicio hanc ſententiam confirmat.

IV) Acquirit actionem vtilem per procuratorem tam actiuo,

§. V. IV) Acquirit Principalis vi dominii litis per procuratorem *actionem vtilem*, et ipſe etiam per eum obligatur. Duplex autem in lite actio occurrit, altera *ex ſtipulatu*, ſi procurator iudicatum ſolui a defenſore ſtipulatus eſt, altera *iudicati*, ex quaſi contractu, ſi ipſe reus, aut defenſor, vel procura-

curator eius condemnatus eſt, *l.* 27. 28. *D. h. t.* FRANZK. *ad D. tit. de procur. n.* 15. *ſeqq.* Simili ratione exceptio *rei iudicatæ* naſcitur, ſi procurator abſolutus eſt. *l.* 50. *h. t. l.* 11. §. 7. *de except. rei iudic.* quæ reo proficit. Et quidem hæ actiones procuratori *directo*, h. e. *ſtricto iure* ſed ſine effectu, (niſi certo caſu, de quo infra) principali autem *vtiliter* h. e. *ex æquitate* acquiruntur, competuntque *l.* 27. §. *f. l.* 28. *D. h. t.* DONELLVS *lib. XVIII. cap.* 18. D. HERTIVS *de obl. mandantis et mandatarii contemplatu tertii th.* 3. *et* 18. et quidem ſine *ceſſione*, tum quia Prætoriarum ſtipulationum ea eſt natura, vt per illas domino acquiratur, *l.* 5. *D. de Prætor. ſtipul.* tum quia re vera hic *principalis*, non *procuratoris* res agitur et vtilitas ſpectatur. *l. pen. D. ſi quis caution.* Si itaque *directa* actio procuratoris *penitus tollenda* eſt, vt dicitur in *l.* 27. *in f. de procurat.* et *vtilis* domino tantum concedenda, multo magis, ſi dominus et procurator concurrant, atque ſimul agant, *directa* excludenda et tantum *vtilis* admittenda erit. *l.* 28. *D. eod.* Nec obſtat, actionem *directam*, tanquam pleniorem *l.* 70. *pr. ad SCt. Trebellian.* præferri debere *vtili* tanquam minori *l.* 13. *D. de duobus reis.* Nam recte aſſerit A. FABER *ad d. l.* 28. *D. h.* fallere hoc, ſi diuerſæ ſint perſonæ, quarum vni *directa*, alteri *vtilis* competat actio, ſic enim ſemper vtilem directæ præferri, rationemque addit magis ſubtilem, quam concludentem, *quia*, inquit, *directam inutilem eſſe et inefficacem, nihil prohibet, vtilem vero inutilem eſſe implicat contradictionem*, vel vt ſimplicius dicam, quia actio vtilis ex ſumma æquitate inducitur, cuius potior, quam ſtricti iuris ratio eſt. *l.* 90. *D. de R. I. l.* 8. *C. de iudic.* conf. *Diſſert. ſub Præſid.* DN. FRIESEN *habita*: *de actione directa, vtili et contraria C. I. th.* 15. *p.* 22. *in pr.* Aliud eſt, ſi vni perſonæ actio tam

directa quam *vtilis* competit, ſic enim nihil intereſt, vtra in-
quam paſſiue. ſtituatur. *l.* 47. *D. de neg. geſt.* E contrario obligatio quoque ex facto procuratoris naſcitur principali, ſi procurator mandato domini, vel ipſe dominus pro eo cautionem de iudicato ſoluendo præſtiterit, vel ſi condemnatus fuerit procurator, Hoc caſu actio *directa* ſecundum regulas *ſtricti iuris* contra procuratorem datur, quæ tamen inefficax eſt propter obſtantem exceptionem. *l.* 4. *D. de re iudic.* HERTIVS *in Diſſert. de obl. mandant. th.* 18. et ita quoque exſecutio in bonis procuratoris fieri, aut illis arreſtum imponi nequit, quemadmodum quoque idem obtinet in tutore condemnato nomine pupilli *l.* 6. *D. quand. ex fact. tutor.* ſed potius contra dominum *vtilis* actio tum *ex ſtipulatu*, tum *iudicati* datur, *d. l.* 4. *pr. de re iudic.* Hanc ob rem IVSTINIANVS a reo cautionem exigit, quod tempore ſententiæ ferendæ ipſe iudicio adeſſe velit. §. 5. *I. de ſatiſd.* STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. n.* 39. Eadem et de ſyndico dici debent cum in vniuerſitatem iudicati actio detur *l.* 4. §. 2. *D. de re iudic.* Diuerſa ratio eſt, ſi quis procurator in rem ſuam datus ſit, vel alienæ rei defenſor vltro ſine mandato domini ipſe ſatiſdederit, hi enim ipſi dictis obligationibus et actionibus tenentur; *c. l.* 4. DONELLVS *Lib. XVIII. cap.* 18. *ille* quidem, quia ipſi omne emolumentum ex cauſſa competit, adeoque re vera domini loco eſt; *hic* vero, quia ipſius factum domino non poteſt præiudicare, nemo enim per alium obligatur, niſi præcedat mandatum, vel ſequatur ratihabitio. BRVNNEMANN. *ad l.* 28. *D. de procurator.*

V) Mutat procuratorem. §. VI. Quia in effectu Principalis nomine omnia aguntur, permiſit quoque ei Prætor V) cauſſa id exigente, *mutare* procuratorem, litemque vel in ſe vel in alium procuratorem trans-

transferre *l.* 17. *D. de procur.* ne per occaſionem ſummi iuris iniuria fieret vero domino, retento procuratore parum idoneo. DONELL. *Lib. XVIII. cap.* 17. Equidem ante L. C. libera poteſtas eſt vel mutandi procuratoris, vel nomine proprio iudicium accipiendi *l.* 16. *eod.* ſed non æque poſt L. C. niſi indultu Prætoris *c. l.* 17. vnde, quia Prætores in *iure ſtricto* ſemper temperamentum excogitarunt, facile adducor, vt credam, demum *beneficio Prætoris* factum fuiſſe, vt domino hæc mutatio litis vi *dominii cauſſæ* permiſſa fuerit, de quo infra plenius. Fieri autem debet translatio vel ſine omni cauſſæ cognitione, ſi conſentiat aduerſarius et procurator, *l.* 24. *D. h. t.* vel hoc inuito, ſi iuſta cauſſa eiusque cognitio præcedat, quales referuntur in *l.* 17. *ſeqq. D. h.* modo dominus ei prius refundat expenſas, quas in litem fecit, alias enim habet ius retentionis *l.* 25. *in f. l.* 26. *D. h. t.*

VI) Rationes a procuratore exigit.

§. VII. Competit vlterius VI) domino ius *exigendi rationes a* procuratore, idque actione mandati, *l.* 46. §. 4. *h. t.* adeo vt procurator hic dolum et omnem culpam præſtare teneatur *l.* 11. *et* 13. *C. mand.* et ſi cum aduerſario colluſerit, mandati actione ad intereſſe conueniri poſſit, *l.* 8. §. 1. *D. mand.* Non ſolum autem vi huius actionis procurator ea tenetur mandanti reſtituere, quæ vigore mandati conſecutus eſt, ſed et quæ extra illud, et illius occaſione ipſi obuenerunt, puta ſi per *errorem* aut *iniuriam* iudicis indebitum conſecutus ſit, *d. l.* 46. §. 4. *h. t.* BACHOV. *ad D. h. t. C.* 7. *n.* 1. ea vero, quæ dolo accipit procurator, domino non reſtituere debet, qui huius nomine non videtur accepiſſe: nunquam enim mandato facultas delinquendi continetur, quia nec rei illicitæ vllum mandatum eſſe poteſt. §. 7. *I. de mandat.* Hinc potius talia a fi-

ſco vindicari poſſe exiſtimat BRVNNEMANN. ad *d. l.* 45. propter *l.* 9. *D. de iure fiſci*, iuxta quam fiſco in genere conceditur facultas vindicandi, quæ ſcelere acquiſita ſunt.

VII) Procurator ad actus magni praeiudicii ſpeciali mandato opus habet.

§. VIII. Denique VII) exinde fluit effectus negatiuus, quod ſc. procurator actus maximi præiudicii et vnde totius cauſſæ euentus dependet, propria auctoritate neque ante neque poſt L. C. peragere poſſit, niſi ſpeciale mandatum vel generale ad omnia negotia extenſum habeat a principali. Huc pertinent e. g. *tranſactio*, quæ prohibetur regulariter procuratoribus *l.* 7. *C. de tranſact. l.* 13. *D. de pact.* ſyndicis, niſi adminiſtratio bonorum ciuitatis iis conceſſa, *l.* 12. *C. de tranſact.* tutoribus et curatoribus, niſi tranſactio tendat in vtilitatem pupilli vel minoris *l.* 46. *in f. de admin. tut. et cur. l.* 56. §. 4. *de furt.* eatenus enim domini loco habentur, *l.* 7. §. 3. *pro emt. l.* 27. *de admin. tut. et cur.* accedente ad meliorem ſecuritatem in immobilibus alienandis decreto magiſtratus *l.* 22. *C. de admin. tut. et curat.* STRVV. *S. I. C. Ex. VI. th.* 55. Item *compromiſſum*, quippe in quo idem iuris eſt, quod in tranſactione arg. *l.* 35. *D. de recept. c.* 9. *X. eodem.* LAVTERB. *Comp. Iur. h. t.* præterea *iuramenti delatio aut delati relatiue præſtatio*, quam procurator ſpeciali mandato inſtructus, et tutor, vi conceſſæ ipſi per delatam tutelam bon. adminiſtrationis *l.* 17. §. 2. *et* 35. *pr. D. de iureiur.* et ſyndicus. *l.* 34. §. 1. *eod. arg. c.* 4. *de proc. in* 6. licite peragit. Neutiquam vero ſyndicus illud præſtat, cuius loco ſeniores ciuitatis iurant, qui optimam facti notitiam habere præſumuntur. CARPZ. *Part. I. Conſt.* 13. *def.* 1. Conf. MARTINI ad *Proceſſ. Sax. Tit. VII.* §. 5. *n.* 13. *ſeqq.* Idem dicendum de iuramento calumniæ *l.* 2. §. 5. *in f. C. de iuram. propt. calumn. cap. f. de Iur. calumn. in* 6.

§. IX.

Digitized by Google

§. IX. Hæc de effectibus dominii litis intuitu *principalis*. Succedit dominium huic ſubordinatum, nimirum *procuratoris*, quod etiam non paucos, eosque inſignes habet effectus, quos inter (I) eſt, quod durante litis tractatione procuratoris maior habeatur ratio, quam ipſius domini ſiue mandantis, hinc omnes citationes in procuratorem dirigendæ, omnes actus iudiciales cum ipſo expediendi, et in eum ſententia ferenda ſit. *l. vn. C. de ſatiſdat.* FRANZK. *ad D. tit. de proc. n. 17. ſeqq.* HAHN. *ad Weſenb. h. t.* vnde ſententia nulla eſt, quæ non in procuratorem, ſed in ipſum principalem lata eſt, cuius perſona in iudicio non fuit, *l. 1. C. de ſentent. et interloc.* IO. PETRVS SVRDVS *conſ. 99. n. 34. ſeqq.* BERNHARD. GRAEVAEVS *lib. 1. concl. III. n. 1. ſeqq.* MENOCH. *conſil. 415. n. 20. ſeqq.* (exceptis cauſſis matrimonialibus et criminalibus. BRVNNEM. *ad l. 1. C. de ſent.*) tranſitum enim fecit lis ad perſonam procuratoris *l. 20. C. de procur.* Exinde noua fluxit concluſio in *l. 41. §. 6. D. eod.* quod in iudicio famil. hereiſc. plures heredes eundem procuratorem dare non poſſint, quoniam res expediri non poſſet circa adiudicationes et condemnationes, dum vnus idemque procurator condemnandus eſſet, et abſoluendus. Inde nunc porro eſt, quod etiamſi principalis ipſe ſuo procuratori in iudicio aſſiſtat, altera pars nihilominus petere poſſit, vt, ne in plures diſtrahatur aduerſarios, adeoque nimis grauetur, citationes et decreta non principali inſinuentur, ſed ſoli procuratori. BRVNNEM. ad *l. 69. h. t.*

Effectus ratione procuratoris.

(I) Omnes actus iudiciales in ipſum diriguntur.

§. X. Ex quo conſequitur (II.) quod omnes actus poſt litem a procuratore conteſtatam cum principali in iudicio geſti ſint nullius momenti, niſi procurator, vel aduerſarius non contradicant, quodque principalis in iudicio comparere non te-

(II) Poſt L. C. principalis citatus impune emanet, nec valet, quod cum eo in iudicio geritur.

Digitized by Google

neatur, (exceptionem vid. infr. §. XVIII.) et ſi vel maxime citatus emanſerit, nullius tamen contumaciæ argui queat, non enim dici poteſt doloſe emanſiſſe, qui venire ne quidem debuit. Hinc in tali caſu cautelam ſuppeditat COEPOLLA *Cautel. 165.* vt aduerſarius, ſi principalis poſt L. C. in iudicio perſonaliter interuenerit, leuiter contradicat, quo ipſo fit, vt omnia, quæ ſequuntur, irrita et inualida ſint, et inde aduerſarius, ſi forte contra ipſum pronunciaretur, nullitatis querelam poſſit opponere, eo quod acta in iudicio non geſta ſint cum eo, qui litis dominus fuit, et conſequenter proceſſus de integro ſit inchoandus. SICHARD. *ad l. 22. C. h. t.* Hæc cautela quidem rationi iuris conformis eſt, ſed ſub prætextu iuris alter fallit, decipitque, et merito honeſto viro tales cautelæ ſunt fugiendæ, cuius farinæ ſunt pleræque Cœpollæ cautelæ.

(III) In actione famoſa condemnatus non ſit infamis.

§. XI. Ex his, quæ ſupra dicta, oritur (III) effectus, quod, ſi procurator actionem famoſam ſuſcipiat, ipſe quidem debeat condemnari, vt tamen hanc condemnationem effectus infamiæ in procuratore non ſequatur, *l. 6. §. 2. D. de his qui not. inf.* quia *alieno nomine* condemnatus eſt, ſola enim condemnatio non irrogat infamiam, ſed cauſſa condemnationis, *arg. l. ictus fuſtium 22. D. eod.* ſcil. delictum, procurator autem hic nihil deliquit. FABER *ad d. l. 6. §. 2.* Neque etiam *principalis* hoc caſu infamia iuris notatur, quia non immediate, ſed mediate per procuratorem condemnatus eſt, placuit enim prudentibus hoc caſu mitiorem partem eligere iuxta *l. 155. D. de R. I. l. pen. D. de pœn.* licet infamiam facti non penitus effugiat, cum, ſi non immediate, tamen per indirectum condemnatus ſit. SCHILTER. *Exerc. X. th. 34.* Et hæc etiam cauſſa vide-

Digitized by Google

videtur, cur IMP. *in l. vlt. C. de iniur.* illuſtribus perſonis in cauſſis iniuriarum per procuratores litigare permiſerit, ne, ſi condemnentur, iuris infamia afficiantur.

§. XII. (IV.) Effectus dominii litis in *procuratore* eſt, quod dominus pro procuratore ſuo cautionem de iudicato ſoluendo poſſit interponere *l. 8. §. 3. l. 15. D. de procur.* Cautiones iudiciales datis fideiuſſoribus fieri ſolent *l. 1. D. qui ſatiſd. cog.* fideiuſſor autem eſt, qui pro *alieno debito* fidem ſuam mediante ſtipulatione interponit. *l. 1. §. 8. D. de O. & A. pr. I. de fideiuſſ.* E. cum dominus iudicatum ſolui ſtipulatus ſit pro ſuo procuratore, *d. l. 15.* adeoque pro eo fideiuſſerit, indicio eſt, hanc obligationem, ſc. de iudicato ſoluendo veluti pro ipſius procuratoris haberi: cum pro procuratore ſuo fideiubeat, quod debitum intuitu fideiubentis domini quodammodo alienum videtur. Quia tamen in effectu in ſuam vtilitatem fideiubet, hinc eſt, quod mulier, ſi pro procuratore ita cauerit, non iuuetur SCto Velleiano. *l. 3. l. 13. pr. l. 25. D. ad SC. Vellei.*

(IV.) Dominus pro eo poteſt cautionem de iudicato ſoluendo interponere.

§. XIII. Si plures procuratores in ſolidum dati ſunt, et vnus eorum litem conteſtatus eſt, hoc ipſo qui (V.) effectus eſt, eam præoccupat, et reliquos excludit, fitque ſolus dominus litis per præoccupationem *l. 32. D. de procurat. cap. ſi duo de procurat. in 6. cap. 14. X. eod.* cum diſertis verbis in *c. l. 32.* dicatur: *vt poſterior non ſit in eo, quod prior petit, procurator.* Quodſi hic, qui litem occupauit, poſtea in ea perſequenda impediatur, ſed alium ſibi ſubſtituat, hic ſubſtitutus reliquos conprocuratores itidem excludit, *d. cap. ſi duo:* ſi tamen nemine ſubſtituto ceſſet in cauſſa proſequenda, non poteſt deinceps eam reaſſumere, niſi et reliqui conprocuratores, qui illam ipſius loco antea ſuſceperant, ſint impediti, *d. cap.* hi enim

(V.) Vnus ex pluribus litem præoccupans ceteros excludit.

nim alium ſibi ſubſtituere non poſſunt, cum litem non ſint conteſtati, id quod ius canon. hic ſuperaddit, de quo cap. ſeq. agendum eſt. Quam litis occupationem etiam obtinere putant iure ciu. etiamſi plures procuratores non *in ſolidum* ſed *ſimpliciter* dati ſint, quoniam cum hoc iure plures regulariter non admittantur coniunctim procuratores, ſinguli eorum *in ſolidum* dati cenſeri debent, licet hæc verba in mandato non expreſſa ſint. *l. 60. §. 2. D. mand. l. 55. pr. de adminiſtr. tutor.* SCHILTER. *Exerc. X. th. 52.*

(VI.) Eius negligentia nocet domino.

§. XIV. (VI) Inter effectus dominii litis quoad procuratorem numerari debet, quod huius negligentia et culpa domino noceat, immo et contumacia, quæ ipſum proceſſum reſpicit, BACHOV. *ad Treutl. diſp. IX. th.* 12. adeo vt de ſumtibus litis, quibus procuratoros temere cauſſam dederunt, non ipſe, ſed principalis conueniatur, *l.* 78. §. 2. *de leg.* 2. Aliud eſt, ſi contumacia non proceſſum, ſed prætoris auctoritatem reſpiciat, hæc enim, tanquam delictum ipſi, non principali nocere debet, *propter l.* 20. *C. de pœn. l.* 1. §. 2. *D. ſi quis ius dicenti.* Ne autem priori caſu dominus damnum incurrat per negligentiam, dolum, vel culpam ſui procuratoris, poteſt actione mandati contra ipſum experiri, vt eo nomine ſeruetur indemnis, vid. *ſupr.* §. *VII. h.* Sed quid ſi procurator non ſit ſoluendo? hoc caſu ſi culpa ipſius quid admiſſum, per reſtitutionem in integrum: ſi dolo, ipſo iure tutum eſſe principalem exiſtimat HARTM. PISTOR. *Lib.* I. *qu.* 36. *n.* 7. GAIL. *L.* 1. *O.* 45. *n.* 6. quod tamen reprobat GIPHAN. ad *l.* 10. *h. t. n.* 4. cuius ſententia etiam, quantum ad iuris rationem, videtur retinenda, quia hic non adeſt cauſſa in LL. approbata, ob quam maiorennes in integrum reſtitui poſſint, et iniquum

quum eſt, alienam culpam nocere ei, qui b. f. cum procuratore egit vel contraxit et imputet ſibi dominus, quod tali negotia ſua commiſerit, *l.* 10. *C. de proc.* ibique GOTHOFR. *l.* 23. *in f. D. de min.* Accedit dominium litis, quod talem reſtitutionem admittere non videtur. *l.* 1. §. *f. quando appell. ſit.* Confer. HILLIGER *ad Donell. Lib. XVIII. cap.* 18. FRANZK. *ad D. h. t. n.* 17. STRVV. *S. I. C. Exerc. VII. th.* 35. BERNHARD. GRAEVEN. *lib.* 1. *concl.* 45. *n.* 13.

VII) Sibi acquirit actionem directam actiue et paſſiue.

§. XV. Quia porro procurator, ſtricto iure omnia ſolus in iudicio agit, inque eum ſententia ferri debet, ideo (VII) ſibi acquirit actionem directam tum ex ſtipulatu tum rei iudicatæ, idque tam actiue, quam paſſiue, ita tamen, vt neutro caſu illa efficax ſit, *l.* 28. *D. h. t.* ſed procurator conuentus exceptione doli ſe tueri poſſit, quia iniquum eſſet idem bis (a procuratore ſcil. et principali) petere; agens vero eadem exceptione repelli queat, nam contra æquitatem agit, dum ſolutionem ab eo, quem liberare non poteſt, vult extorquere, *l.* 16. *de pact.* quæ res doli exceptionem ſolet inducere *l.* 1. *de dol. mal. except.* niſi ſit in rem ſuam datus, aut vltro abſque mandato ipſe ſatiſdederit, conf. *ſupr.* §. *V. h.* Vnico tamen caſu vtiliter actio iudicati directa procuratori competit, ſi ſcil. de expenſis litis et ſalario ſibi ſatisfieri petat, et principalis ſoluendo non ſit. *l.* 30. *h. t.* ibique BRVNNEMANN. *l.* 46. §. 6. *h.* quia totum negotium mandati, vnde procuratoris obligatio deſcendit, eſt bonæ fidei, quæ ſuadet, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem *l.* 206. §. *de R. I.* quare etiam clauſula indemnitatis mandatis inſeri ſolet, ne videatur procurator, tanquam litis dominus, ſumtus quaſi in rem ſuam facere debere. SCHACHER. *Colleg. Pract. tit. mandat.*

dat. p. m. 158. Prodeſt vero hoc ius procuratori contra alios principalis creditores, quibus ita præfertur, cum ei de iudicato ſatisfiat, quod vel ideo fieri videtur, quia habet actionem iudicati directam, quæ tamen intuitu principalis inefficax eſt.

VIII) Poteſt alium ſubſtituere.

§. XVI. Præterea (VIII) vi huius dominii litis procurator poteſt alium ſubſtituere, quæ facultas eidem ipſo iure ſeu ex lege, adeoque abſque ſpeciali conceſſione competit. *l.* 8. 11. 23. *C. de procurat.* BERLICH. *P. II. dec.* 274. *n.* 13. Equidem talem ſubſtitutionem a procuratore non proprio, ſed procuratorio nomine fieri aiunt. CARPZ. *lib. III. Reſp.* 24. *n.* 39. BERLICH. *P.* 1. *concl.* 27. *n.* 13. Sed tamen conceptus dominii litis hic fundamenti loco ponendus eſt, procurator enim, qua talis, ſubſtituere nequit, ſed qua eſt dominus litis, et ita quodammodo *ſuo iure, et nomine proprio.* Sic quoque defenſor rei ſtatim ac cautionem iudicatum ſolui praſtitit, ſubſtituere poteſt, quia ſtatim fit dominus litis. LAVTERBACH in *Diſſert. de procurat. ſubſtit.* §. 12. Hanc poteſtatem etiam tum ſyndico tum tutoribus et curatoribus competere ſupra monitum eſt, et licet obiiciat GIPHAN. ad *l.* 74. *D. h.* nomine ciuitatis neminem poſſe experiri, niſi qui ciuitatis decreto conſtitutus eſt, et ita ſubſtitutum excludendum eſſe, qui a Syndico datus eſt; recte tamen reſpondet A. FABER *ad d. l.* omnino admitti ſubſtitutum, vtpote qui non ciuitatis, ſed ſyndici ſubſtituentis nomine litem perſequatur. HILLIGER *ad Don. Lib. XVIII. cap.* 12. An vero talis ſubſtitutus per primum actum, quem in iudicio gerit, litis dominium et ipſe conſequatur, adeoque vi huius alium ſibi iterum ſubſtituere poſſit? de eo non immerito dubitatur. Nam primum actum a pro-

a procuratore ſubſtituto geſtum vim L. C. non habere recte monet BACHOV. *ad Treutl. diſp. IX. th.* 3. quia rationi non conuenit, vt actus aliquis eſſentia plane diuerſus ad inducendum magni momenti effectum pro L. C. habeatur. Praeterea cum in effectu tantum de principalis emolumento atque praeiudicio quaeratur, hic vero de dexteritate quidem ſubſtituentis, ſed non de induſtria et fide ſubſtituti certus eſſe poſſit. CARPZ. *III. dec.* 297. *n.* 5. *ſeqq.* et *Proceſſ. tit. V. art.* 5. *n.* 11. hinc vt etiam ſubſtituto alium ſubſtituendi poteſtas competere poſſit, neceſſe eſt, vt illa a principali in procuratorio eidem expreſſe data ſit.

§. XVII. Eadem ratione (IX) poteſt ſubſtitutum rurſus reuocare, idque ſi res integra, abſque nulla cauſſa, ſi non, vtpote ſi iudicium iam in ipſum translatum ſit, praecedente cauſſae cognitione, quia nec domino aliter ius transferendi litem a procuratore in ſe vel in alium competit, iam autem procurator non poteſt plus iuris habere, quam is, a quo, quicquid habet, accepit. arg. *l.* 54. *de R. I.* LAVTERB. *de ſubſtit. procur. C. VI.* §. 5. Similiter euaneſcit poteſtas ſubſtituti re integra, ſi procurator, qui proprio iure, vi litis dominii ſubſtituit, moriatur, quia reſoluto iure conſtituentis ius conſtituti etiam reſolui neceſſe eſt *arg. l.* 105. *D. de condit. et demonſtr. l.* 16. *quib. mod. vſusfr. amitt.* LAVTERB. *c. l.* §. 3. aliud, ſi ex ſpeciali domini permiſſu ſubſtituit, ita enim ſubſtitutio, quia magis a principalis perſona dependet, mortuo procuratore non euaneſcit.

IX) Poteſt ſubſtitutum reuocare.

§. XIIX. Quia ſtricto iure procurator litis dominus eſt, ideo (X) non licet eundem facile et ſine iuſta cauſſa mutare, intereſt enim tum aduerſarii, ne eo inuito iudicium varietur per mu-

X) Non poteſt mutari niſi cauſſa cognita.

mutationem perſonarum. MYNSING. *dec. IX. Reſp. 89. n. 6. et Lib. V. obſ. 44. n. 5.* HILLIGER *ad Don. Lib. XVIII. cap. 17.* FABER *ad l. 17. D. de proc.* tum etiam ipſius procuratoris, qui per L. C. litis dominium occupauit, ne iure quæſito defraudetur. Hinc ſupra iam §. *VI.b.* dictum, ſatis probabile eſſe, quod ab initio procurator talis plane reuocari non poterit, cum poteſtas reuocandi procuratorem demum ex iure Prætorio dependeat, quod contra ius ſtrictum introductum eſt, adeoque illud in contrarium ſupponit. Ne itaque ex hac iuris ſtricti ſubtilitate detrimentum capiat principalis, ad quem in effectu omne commodum et incommodum actionis pertinet, et cui etiam factum procuratoris, negligenter forte cauſſam tractantis, nocet, ideo permiſit ei Prætor, ſi ſufficiens cauſſa, (puta, quod procurator cum aduerſario colluſerit, aut alio modo ſuſpectus ſit,) eiusque cognitio præceſſerit, eum mutare, litemque in ſe transferre *l. 17. et ſeqq. D. de procurat.* Præſuppoſita tali cauſſa iuſta, procurator *vi dominii litis* non poterat contradicere, nam eo ipſo ſuſpectus fiebat, quod operam ſuam ingerebat inuito, præſertim cum ipſius non adeo intereſſet, an dominus litem in ſe transferret, nec ne *l. 25. D. eod.* Hactenus tamen audiendus eſt, ſi pudorem ſuum purgare velit, et ſe ab omni colluſionis ſuſpicione excuſare. *d. l.* Hæ omnes ICti ratiocinationes fluunt ex ſuppoſito principio de *dominio litis,* vi cuius procurator contradicere poſſe videbatur. Reuocato ita procuratore, ab hoc *translatio litis* facta eſſe dicitur, cuius dominus erat *l. 27. eod.* et quæ antea in ipſum fuerat translata. Vbi obiter notandum, tres referri a ICtis *litis transferendi modos:* 1) Si actio cedatur. *d. l. 27. §. 1. D. h.* 2) Si procurator reuocetur vel ex cauſſa legitima, vel nulla, ipſo tamen et aduerſario conſen-

tien-

tiente. 3) Si in perſona eius, in quem de nouo facta translatio, omnia repetantur et renouentur, quæ ſunt ante geſta, quod poſtremum vtile ad hoc eſt, vt, quando prior proceſſus defectu quodam laboret, iſte quaſi vno momento hoc modo poſſit reparari BARTOL. *ad l. 23. C. de procur.* SICHARD. *ad l. 21. C. eod. n. 8.*

§. XIX. Cum tota lis, eiusque directio procuratori mandetur, ideoque (XI) non niſi ſolemniter et expreſſe conſtitui poteſt. *l. 8. §. 1. h.* quia in iudicialibus, tanquam actibus magni momenti, expreſſo conſenſu opus eſt, hinc tacens ibi non habetur pro conſentiente. BRVNNEMANN. *ad d. l. 8.* Ex hoc concludit ICtus in *c. l.* inuitum procuratorem eum quoque habendum eſſe, *qui conſenſiſſe non probatur*, h. e. qui expreſſe non conſenſit, vt non ſufficiat taciturnitas ad eum obligandum.

XI) Non niſi expreſſe conſtitui poteſt.

§. XX. Ex eodem fundamento, quia litis dominus debet fieri procurator (XII) non poteſt conſtitui, niſi in cauſſa, quæ ad principalem pertinet, cuiusque liberam habet adminiſtrationem, nam cuius quis ipſe dominium non habet, quomodo alterum eius rei dominium conſtituere poterit? *l. 54. de R. I.* Exemplum eſt in actionibus popularibus, in quibus ex parte actoris procurator dari nequit, *l. 42. pr. D. de procur.* quia qui agit, non ſuum priuatum, ſed populi ius tuetur, adeoque ipſe procuratorio nomine agit, et conſequenter ſubſtituere alium nequit, niſi per L. C. actio in ipſius bonis eſſe cœperit, arg. *l. 12. pr. de V. S.* aut niſi non tam publicum, quam priuatum et proprium commodum defendat, *l. 45. §. 1. D. h. t.* hactenus enim ſapit naturam priuatam actionis BACHOV. *ad Weſ. h. t. n. 5.* BRVNNEMANN. *ad l. 42. h. t.* E contrario, qui conueni-

XII) Nec in alia quam in cauſſa, Principalis propria.

uenitur populari actione, procuratorem dare poteſt, *l. 5. de popul. act.* quia hic propriam rem tuetur. FABER ad *l. 42. h.*

XIII) *Non datur regulariter in cauſſis criminalibus.*

§. XXI. Inde (XIII) in criminalibus regulariter non datur procurator ex parte *accuſatoris l. pen. §. 1. D. de publ. iud.* propter neceſſitatem inſcriptionis *l. 7. pr. D. de accuſat.* quæ in omni criminali perſecutione obtinet *l. 12. C. de his qui accuſ. non poſſ.* & quia non priuatum, ſed publicum intereſſe actor perſequitur; aliud vero obtinet, ſi criminis perſecutio ad actoris intereſſe priuatum inſtituatur, ex. gr. in omnibus delictis, tam priuatis, quam publicis, ſi ciuiliter agatur vel ad pœnam pecuniariam *l. f. D. de del. priuat.* GAILIVS *L. 1. de pace publ. cap. 10. n. 13. ſeqq.* STRYK *in V. M. D. tit. de procur. §. 4.* Circa perſonam rei communiter diſtinguunt, vt, ſi præſens ſit, procurator pro eo non admittatur, niſi agatur ad pœnam pecuniariam, et quæ in talem conuerti poſſit, vel aliam relegatione minorem *l. 1. D. an per alium cauſ. appell.* Si abſens ſit, tunc ſi crimen non ſit capitale, vel ita capitale, vt tamen abſens condemnari non poſſit, non admittatur procurator, cum litis exſecutio fruſtranea euaderet, quippe quæ in procuratorem fieri non poſſet *l. 5. de pœn.* ſi vero poſſit condemnari, admittatur *l. 33. §. 2. D. de procur. l. 3. C. de accuſat.* ſcil. ad plenam innocentiæ rei defenſionem, nam ad cauſſas abſentiæ et alias dilatorias exceptiones allegandas in quouis crimine quilibet admittitur, non quidem vt procurator aut defenſor, ſed vt extraneus iudici innocentiæ argumenta ſuggerens. STRYK. in *V. M. D. h. t. §. 4. et ſeqq.*

XIV) *Exceptio deficientis mandati*

§. XXII. (XIV) Inter effectus litis dominii refert SICHARDVS *ad l. 21. C. de procur.* quod exceptio deficientis mandati poſt L. C. opponi nequeat, quoniam, vti addit ibidem, con-

Digitized by Google

contradictionem inuolueret, ſi quis diceret: *tu es litis dominus* (ſcil. per L. C.) et: *tu non es litis dominus* (quia mandato es deſtitutus.) Verum hæc contra rationem iuris aſſeri quilibet facile videt, cum certum ſit, exceptionem legitimationis in quacunque iudicii parte, immo in ipſa exſecutione opponi poſſe, et ſi falſus procurator inueniatur, nullum plane iudicium, nullam controuerſiam eſſe *l. 24. C. de procurat.* PEREZ. *ad C. eod. n. 7.* CARPZ. *L. 1. Conſt. 1. def. 26.* et dominium litis non ex ſola litis conteſtatione, ſed præſuppoſita ſimul principalis voluntate, quæ colligitur ex mandato, deriuandum eſſe, ſupra iam demonſtratum ſit. *poſt L. C. opponi nequit: quod tamen negatur.*

§. XXIII. Rectius huc pertinet (XV) quod procurator actoris principalem etiam in reconuentione defendere teneatur; *l. 33. §. 3. ſeqq. l. 35. D. de procur.* cum enim litis dominus ſit, merito quoque connexa litis neceſſaria ſuſpicere debet. Hoc autem tunc maxime obtinere videtur, vbi reconuentio ſimultaneo proceſſu cum conuentione tractatur, et ita quaſi pro vna lite habetur, neque enim per adhibitionem procuratoris rei conditio deterior fieri debet. BRVNNEMANN. *ad l. 33. de procur.* Quodſi vero procurator defenſionem ſuſcipere nollet, vel actio ipſi denegaretur, vt adeo officio ſuo plane renunciare neceſſe haberet, *l. 5. C. h. t.* vel ſi ſatiſdederit, teneretur ex ſtipulatu ad id, quod intereſt, vel ad pœnam, ſi quæ in ſtipulatione comprehenſa eſſet, BRVNNEMANN. *ad l. 45. h.* STRVV. *Euolut. controuerſ. h. t. th. 35. Q. 3.* *XV) Tenetur principalem in reconuentione defendere.*

§. XXIV. Similiter (XVI) in procuratore actoris hic olim fuit effectus, vt litem ad ſuos heredes potuerit tranſmittere; quo facit lex IVLIANI in Cod. Theodoſ. *de procurat.* verb. *cum et procuratorem poſſe eum inſtituere, et ad heredes ſuos incboa-* *(XVI.) Actoris procurator litem in heredes tranſmittit,*

quod ſublatum. *inchoata tranſmittere veteres iuris voluerunt conditores.* Sed hanc tranſmiſſionem iam THEODOSIVS et VALENTINIANVS IMPP. ſuſtulerunt in *l. f. Cod. Theod. d. t.* de quo in praxi eo minus dubitatur. Conf. SCHILTER *Exerc. X. th. 46.*

XVII) Cauſſam in appellatione proſequi tenetur. §. XXV. Notabilis porro eſt (XVII) effectus, quod procurator non tantum *appellare,* ſed et appellationem proſequi teneatur *l. 18. D. de appellat. l. 2. C. de procur.* MARTINI *ad Proc. Sax. Tit. III. §. 1. n. 180.* quod itidem ex dominio litis ortum trahit. Equidem WVRMSER. *Lib. 1. tit. 5. obſ. 9.* reſtringit hoc ad caſum, ſi ad omnes litis cauſſas datus ſit: qui autem ad vnam litem datus eſt, illum quidem appellationem interponere, ſed non proſequi debere contendit. Verum rectius contrarium tuetur LAVTERBACH. *in colleg. Pract. ad tit. de procurat. §. 65.* per *l. 17. C. de procurat.* cuius verba ad nudam appellationis interpoſitionem reſtringi non poſſunt, quod etiam euincit *l. 2. D. an per al. cauſſæ appell. l. 31. §. 2. D. de N. G.* tenetur enim neceſſario appellare, et tanquam dominus litis cauſſam ad finem perducere, quæ non eſt finita, ſi prouocatum eſt. *l. 1. in f. D. ad SCtum Turpill.* Conf. GAIL. *1. Obſ. 46. n. 3.* STRYK in *V. M. h. t. §. 43.* Nec vllibi dicitur, quod tantum interponere, et non proſequi debeat, ſed potius *indefinite,* quod *prouocare* debeat, quæ verba merito cum effectu intelligenda ſunt. Idem etiam de curatore minoris aſſeritur in *l. 10. C. de appellat.*

XVIII) Mortuo principali non exſpirat mandatum. §. XXVI. Proprius (XVIII) huc ſpectabat, quod, mortuo poſt litem conteſtatam principali, *non exſpiraret mandatum,* nec heredes nouum mandatum procuratori dare deberent, qui effectus diſertis verbis *dominio litis* adſcribitur in *L. 23. C. de proc.* SCHILTER in *prax. iur. Rom. ex. X. th. 46.* STRYK in

Digitized by Google

in vſu mod. de procur. §. *40.* Hanc veteris iuris diſpoſitionem per ius canonicum ſublatam eſſe colligunt ex *Clem. vlt. de procurat.* vbi CLEMENS ita: *Procuratorem a praelato, rectore* VEL ALIO QVOLIBET *pro eccleſia vel beneficio ſuo conſtitutum, per mortem conſtituentis reuocari cenſemus, etiam quoad negotia tam incoepta & cauſſas, in quibus per ipſum lis fuerit ante mortem huiuſmodi conteſtata.* Quamquam verba, VEL ALIO QVOLIBET, generalia eſſe, et ad quemuis conſtituentem pertinere videantur ſecundum antecedentia et conſequentia, tamen reſtringenda ſunt. Loquitur enim papa 1) de eccleſiarum praelatis, 2) de procuratoribus in cauſſis *beneficialibus et eccleſiarum* conſtitutis, adeoque generalis diſpoſitio inde erui nequit. Praeterea haec diſpoſitio ſpecialem iuris rationem habet, quae talem generalem extenſionem non admittit. Praelati *ius* tamen *temporale* et *reuocabile* habent, et ita dominium litis irreuocabile et perpetuum in procuratorem transferre nequeunt, ſed tale demum, quod ad vitam conſtituentis durat. Ergo eorum ius morte exſpirat, ita quoque dominium litis in procuratore, quod ab eo dependet, ſtatim exſpirare debet, arg. *l. 31. D. de pignor.* Vnde idem dicendum quoque arbitror de aliis, qui ius temporale tantum habuerunt, et quorum morte illud quoque definit. De ſyndico haec quaeſtio inutilis videri poterat, cum caſus exiſtere non poſſit, vt vniuerſitas naturaliter moriatur *l. 7.* §. *f. quod cuiusque vniu. nom.* ſi tamen ciuiliter moriatur vniuerſitas, h. e. ſi propter delictum iure ciuitatis priuetur, neceſſe eſt etiam exſpirare ſyndicatum. STRYK. *in annot. ad Lauterb. ad tit. quod cuiusque vniu. nom. in f.* Neque enim videtur proceſſus coeptus a ſyndico continuari poſſe, quando colle-

Limitatio in Procuratore Praelati,

et ſyndico.

collegium eam qualitatem, cuius intuitu eundem inſtituerat, per priuationem iurium ciuitatis exuerit, quia eo ipſo ſimul omnia iura, adeoque et illud, quod incœptam litem habuerat, videtur amiſiſſe.

CAPVT III.

DISQVISITIO
DE
VSV PRACTICO DOMINII LITIS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Sententiæ DD. de vſu practico dominii litis.* II. *Effectus veri dominii litis omnes ſuperſunt;* III. *non vero dominii ficti. Sententia in principalem hodie ferri ſolet.* IV. *Principalis poſt L. C. in iudicio comparens ſine nullitatis metu agit.* V. *Quatenus procurator in cauſſis iniuriarum condemnetur.* VI. *Cautio principalis pro procuratore hodie non deſideratur.* VII. *Vnus plurium procuratorum nullum hodie ex litis conteſtatione praecipuum ius præ reliquis.* VIII. *Quatenus procuratoris contumacia domino noceat?* IX. *Soli principali actio iudicati acquiritur.* X. *Procurator non niſi vi mandati hodie ſubſtituit;* XI. *nec ſubſtitutum aliter ac vi mandati reuocat.* XII. *Libera hodie procuratoris reuocatio.* XIII. *Eius conſtitutio etiam tacito conſenſu fieri poteſt.* XIV. *An in popularibus actionibus procurator admittendus?* XV. *an in criminalibus?* XVI. *Exceptio deficientis mandati ſemper opponi poteſt. Procurator etiam ad reconuentionem datus cenſetur.* XVII. *An appellationem interponere poſſit?* XVIII. *An eius mandatum morte mandantis exſpiret?* XIX. *Concluſio.*

§. I.

Dominium litis hodie

Quoniam iuriſprudentia noſtra eſt diſciplina practica, adeoque, quæ in illa docentur, non nudæ tantum theoriæ gra-

gratia, ſed vt ea ad negotia ciuilia quoque applicare ſciamus, addiſcenda ſunt, ideo et in hac materia maxime videndum, an et quem vſum in praxi habeat doctrina de *dominio litis*. Verum eadem hic, quam ſupra *c. 1.* de *origine huius dominii* notaui, occurrit Dd. non tantum varietas, ſed et contrarietas. Nonnulli enim, vt BACHOV. *ad Weſenb. de procurat. n. 8.* aliique exiſtimant, *dominium litis* in praxi hodierna non amplius attendi, quin potius procuratores non amplius *dominorum*, ſed ſaltim *miniſtrorum* ſeu vicariorum vice fungi, cum quo conſentit SCHWENDENDÖRF. *ad Fibig. Part. 1. cap. 2. membr. 2. §. 6. n. 23.* Eandem prorſus ſententiam tuetur GRÖNEWEGEN *ad l. 22. & 23. C. de procur.* adductis in ſuam ſententiam ARGENTRAEO, MORNACIO et AVTVMNO, quorum ille de Britannicis, hi de Gallicis moribus idem aſſerunt. Conferat. CHRISTINAEVS *Vol. 2. deciſ. 108. n. 2.* In alia vero omnia pedibus eunt LAVTERBACH. *Concl. for. Exerc. II. th. 10.* GAIL. *L. 1. Obſ. 74. n. 10.* BERLICH. *P. 1. concl. 27. n. 13.* CARPZ. *P. 1. c. 1. def. 22. n. 2.* STRYK. in *Vſ. Mod. tit. de procur. §. 38.* et MARTINI *ad Proceſſ. Saxon. tit. XVI. n. 159. ſeqq.* BRVNNEMANNVS in *proceſſ. ciu. c. 1. n. 73. ſeqq.* quorum ſententia vel inde probabilis redditur, tum quod ius canonicum hic in pleriſque conſpiret cum iure ciuili, et ita ſtandum ſit illius diſpoſitioni, *l. 27. C. de teſtam.* tum etiam quod in variis LL. tam Imperii quam prouincialibus huius dominii litis expreſſa fiat mentio, atque ad illud non ſemel prouocetur. v. g. in *R. I. de ann. 1507. rubr.* wie ſich procuratores etc. §. indem die procuratores. ibi: nach Beſeſtigung des Kriegs als Herren deſſelben. *Rec. Deput. de anno 1600. §. 99.* verb. in dem Fall contra procuratorem als *dominum litis* zu verfahren. Huc etiam collineat *Ord. cam. pag. 1.*

attendi quidam negant.

quidam affirmant.

tit. 19. §. Nachdem ſich täglich et *Ord. proceſſ. Magd. c. XI. §. 10.* Conf. MARTINI *d. l. Tit. VII. §. 7. n. 84. et ſeqq.* vbi de iure prouinciali Pomeran. Würtemberg. etc. idem teſtatur. Verum cum multa ſæpe dicantur ad rem illuſtrandam, quæ in effectu ſeſe aliter habent, ideo vt in tanto Dd. diſſenſu eo certius quid conſtituere poſſimus, examinandi erunt ſinguli effectus, ſupra recenſiti, et ſubinde inquirendum, quemnam hodie vſum, et ex quo fundamento habeant, vt, his cognitis, eo facilius *de* ipſius *dominii litis hodierna obſeruantia* conſtare poſſit.

Effectus quoad principalem adhuc in viridi ſunt obſeruantia.

§. II. Non autem ſermo hic eſt de VII. illis effectibus dominii litis, quos *principali* ſupra attribuimus, cum de illis non controuertatur aut dubitetur, an hodie obtineant, quin immo plerique contendant, pinguiori hodie iure principalem, ac quidem olim, gaudere debere, cum ipſius hodie et *lis* et *cauſſa* et *actio* maneat propria, et de ſolo ipſius præiudicio agatur, vti ex infra dicendis patebit, quo etiam, quæ de acquiſitione *actionis vtilis*, et *facultate mutandi procuratorem* hic exponi poſſent, tanquam commodius ibidem tractanda, remitto.

Sed effectus ratione procuratoris hodie parum obſeruantur. I) vt plurimum in principalem ſententia, citatio etc. dirigitur.

§. III. Principaliter de *procuratore*, et in quantum eius *dominium litis* hodie attendatur, hic agendum eſt. Quod itaque ad (I) effectum *de concipienda in procuratorem ſententia* attinet, illius vſus valde exiguus hodie ſupereſt, cum et iure canon. iſta legalis ſubtilitas non attendatur, ſed, licet cauſſa per procuratorem tractata fuerit, tamen principalis condemnari ſoleat, *cap. 9. X. de probat.* quod etiam tum cameræ, tum communis fere iudiciorum praxis, nulla exinde oriente nullitate, obſeruat. SCHILTER. *Exerc. X. th. 35.* GAIL. *L. 1. Obſ. III. n. 2.* BERN. GRAEVEN. *lib. 1. concl. 3. conſid. 1.* BRVNNEM. *ad l. 1. C. de ſent.* Equidem *R. I. de Ao. 1654. §. 99.* in contrarium allegari

gari ſolet, aſt hoc tantum caſu ſententiam in procuratores ferri iubet, ſi principali defuncto heredum nomina ad cameram nondum ſint relata, verb. **daſern die Erben annoch nicht nahmhaſt gemacht worden**, quia hoc caſu ſententia alias in certam perſonam ferri non poſſet. Excipiuntur etiam *cauſſæ iniuriarum*, in quibus ad euitandam infamiam ſententiæ in camera aduerſus procuratorem feruntur, teſte GAILIO *l. c.* quæ tamen cautela admodum infirma videtur BRVNNEMANNO *d. l.* cum conſultius eſſet famam expreſſe reſeruare, id quod etiam ſemper fieri ſolet in dicaſterio Ratisbonenſi, vbi recantatio reo iniungitur. vid. **Regenſp. Stadt-Gerichts-Ordnung** rubr. **von Schmach-Handlung**, verb. **doch ſollen die Wiederruffungen** cum honoris reſeruatione **geſchehen**. Quæ reſeruatio etiam, cum Germani in irroganda infamia Romanis benigniores ſint, regulariter ſubintelligi ſolet, vti opinatur SCHILTER. *l. c.* Simili modo etiam citationes in principalem dirigi ſolent, quem in finem generales citationes in ſummis tribunalibus introductæ. STRYK. *Introd. ad Prax. Cap. IV. §. 4.* LVDOVICI **Einleitung zum** *Ciuil-Proceſſ. Cap. X. n. 5.* quod et de pupillis et minoribus, licet ſine tutore et curatore comparere nequeant, et de vniuerſitate citanda verum eſt. MARTINI *ad Tit. IV. §. 1. n. 64. et 285.*

§. IV. In (II) effectu duplex occurrit quæſtio: 1) an actus cum principali geri in iudicio ſine nullitate poſſint poſt litem a procuratore conteſtatam? quod omnino aſſerendum, cum et quotidie ita fieri videamus, et tranſactionem (etiam iudicialiter) a principali valide fieri poſt L. C. ſupra demonſtratum ſit; hinc et in nonnullis locis, vti in ciuitate Ratisbonenſi omnia ſcripta, quæ in iudicio a procuratoribus proponuntur, ab ipſis partibus, *II) In iudicio comparens principalis poſt L. C. nulliter non agit.*

 ſi præ-

ſi præſentes ſint, et ſcribere ſciant, ſubſcribi debent. 2) An inuitus citari poſſit, et comparere teneatur is, qui procuratorem conſtituit? quod ordinarie negandum eſt, cum principali, licet citato, nihilominus per procuratorem comparere liberum ſit, quæ facultas etiam quandoque in citatione exprimitur, prout in patria communiter obſeruari ſolet, *vi Ordinationis Dicaſterii Ratisbon. rubr.* wie denen Abweſenden verkündt werden ſolle. verb. die Geladene erſcheinen, oder jemand an ſeine ſtatt mit vollmächtiger Gewalt ſchicken ſoll. Exceptio tamen eſt, ſi præciſe ipſius principalis præſentia requiratur, vt in cauſſis *matrimonialibus*, *criminalibus* grauioribus, *cambialibus*, *mercatoriis etc.* vbi etiam vox perſönlich citationi inſeri ſolet, tunc enim non *per*, bene tamen *cum* procuratore comparere poteſt: MARTINI *Tit. 4. §. 1. n. 206. ſeqq.* cuius rei ratio tamen non inde petenda eſt, quod procurator ſit litis dominus factus, ſed potius ex *natura mandati*, cum procuratorem ideo conſtituerit, vt ſuo (principalis) nomine cauſſam perageret, et iudiciales actus loco ſui expediret, qua conſtitutione tamen ſibi ipſi facultatem non ademit in iudicium veniendi, ſi neceſſitas id exigat, vel ipſi commodum ſit, cum procurator tantum quaſi in ſubſidium datus cenſeatur.

III) In cauſſis iniuriarum procurator condemnatur in Camera, ſed non in vniuerſum.

§. V. Tertium effectum *de condemnando procuratore in cauſſis iniuriarum*, adhuc quidem obſeruari tradit WESENBEC. *ad tit. de his qui not. inf.* ſed monet GAIL. *L. I. obſ. III. n. 23.* hoc in arbitrio iudicis poſitum eſſe, et pro qualitate atque atrocitate iniuriæ æſtimandum, et ita in camera ſeruari. Ceterum hac reſtrictione plane non videtur opus, ſuppoſita famæ reſeruatione ſupra *th. 3.* ex SCHILTERO adducta, ſed indiſtincte in principales ferri poteſt ſententia, quod et in pleriſque iudi-

Digitized by

iudiciis fieri ſolet; vtpote qui etiamſi procurator eſſet condemnatus, facti infamiam tamen, et aliquam maculam apud graues et honeſtos viros non euitant. SCHILTER. *Exerc. ad D. X. th. 34.*

§. VI. Nec magis etiam IV) effectus, *quod dominus pro ſuo procuratore ſatiſdare poſſit*, hodie attenditur, cum cautionum alia plane ſit ratio, ac quidem olim fuerat. Nam reus hodie, ceſſante priuata in ius vocatione, cuius intuitu olim interponebatur cautio iudicio ſiſti, cauere non tenetur, niſi de fuga ſuſpectus ſit, aut pacto ſe ad cautionem præſtandam adſtrinxerit, vel bona ſua dilapidare incipiat; STRYK. *V. M. tit. qui ſatiſd. cog.* §. *2. 3.* quin vtraque pars, modo immobilia ſub eo iudice, coram quo litigatur, poſſideat, a cautione immunis eſt. Multo minus hoc caſu procurator tum actoris tum rei cauet, modo ſufficiens mandatum habeat et legitime conſtitutus ſit, alias, ſi mandatum ſit inſufficiens, ſine cautione de rato non admittitur, HOPP. *ad* §. *3. I. de ſatiſd.* Sin vero litigantes bona immobilia non poſſideant, exigitur cautio a procuratore eadem, quæ a principali; STRYK. *Introd. ad Prax. Cap. XI. n. 6.* vt ita quidem hodie quandoque caſus exiſtat, vbi procurator cauet loco principalis, non vero vbi principalis *pro ſuo procuratore*, ſed vbi cauere debet, *pro ſe* cauet.

IV) Principalis pro ſuo procuratore non cauet.

§. VII. Exigua etiam nec vniuerſalis obſeruantia hodie eſt V) effectus, *quod procurator per L. C. præ reliquis litem occupet.* Vt enim taceam in camera plurium procuratorum conſtitutionem plane non admitti *Ord. Cam. P. I. tit. 19. n. 1.* quod etiam in Regenſp. Stadt-Gerichts-Ordn. *rubr.* von der *Procuration*-Amt, cautum eſt, ne regulariter plures vno procuratores ad litem admittantur, verb. es ſoll hinführo mehr nicht denn

V) Hodie non ſemper per L. C. occupatur lis a procuratore excluſis reliquis.

denn ein procurator einer Parthey in einerley Sache procuriren, reden und rathen ꝛc. Ita iure can. quædam mutatio in hoc iuris articulo facta videtur. Nam *in c. ſi duo 6. de procur. in 6.* clare diſpoſitum; ſi plures procuratores ſint conſtituti, non adiecta expreſſe clauſula *in ſolidum*, vnum abſque altero non admitti, quodſi clauſula hæc expreſſa ſit, tunc illius melior conditio eſſe dicitur, *qui per L. C. negotium primitus occupauit. Poſt occupationem autem huiuſmodi*, addit Pontifex, *alter ſe intromittere nequibit vlterius, cum ille litis dominus ſit effectus.* In qua diſpoſitione retinuit rationem iuris Rom. ſi cauſula adiecta *in ſolidum*, quamuis etiam abſque conceptu dominii litis eadem deciſio locum habeat, ſecundum regulam iuris vulgatam: *In pari cauſſa melior eſt ratio occupantis*, vt ſic ne quidem hoc caſu in praxi recurrendum ſit ad dominium litis. Quodſi vero ſub clauſula: ſamt und ſonders conſtituti, licet hæc etiam obligationem in ſolidum contineat, tamen ſimultaneam primario admiſſionem infert, nec, niſi de legitimo impedimento conſtet, alterum excludit. SCHILTER. *Ex. X. th. 52. et 55.* Stryk. *Vſ. mod. tit. de procur.* §. *26. 27.* Eadem etiam in ſyndicis obtinere videntur, vt et in tutoribus atque curatoribus, quos omnes moribus magis coniunctim admitti, vt præoccupationi locus inter eos eſſe non debeat, exiſtimat SCHILTER. *l. c.*

VI) Hodie procuratoris contumacia domino non nocet.

§. VIII. Pergo ad examen VI) effectus, vbi animaduerto, hodie contumaciam procuratoris, quantum ad proceſſum, domino in effectu non nocere, nam aut *dolo* aliquid neglectum, quo caſu ipſo iure tutus eſt dominus, quod iam ciuili iure obtinuiſſe ſupra dictum eſt; aut *culpa*, et tunc hodie reſtitutio in integrum domino non deneganda eſt, quod plerique conceduntæ

cedunt,

cedunt, ſi procurator ſoluendo non ſit. CARPZ. *Proc. Tit. V. art. 7. n. vlt. et XVII. a. 3. n. 18.* Ratio eſt, quia non propria ſed aliena culpa neglecta ſunt fatalia, quæ vt alteri tantum detrimentum, ſc. iacturam bonæ litis afferant, iniquum videtur, FABER *ad tit. 8. def. 3.* in primis cum mandanti nihil imputari poſſit, poſtquam hodie non raro procuratores auctoritate publica conſtitui ſolent. CARPZ. *III. reſp. I. n. 4.* Immo ſi dicendum, quod res eſt, ordinarie reſtitutioni locum dandum eſſe exiſtimarem; nam vtut obiiciant, dominum contra procuratorem agere et ab eo intereſſe conſequi poſſe, hoc tamen plerumque vanum et inane eſt, partim quia vtplurimum fruſtranea in effectu actio eſt contra procuratorem, dum non dicam difficillimum, ſed fere impoſſibile ſit, intereſſe ſuum propter dubium et incertum litis euentum docere: partim etiam quia hoc modo lis ex lite oritur, quod per talem reſtitutionem in integrum præcauetur, nec aduerſarius etiam inde læditur, vtpote cui expenſæ refunduntur, quin potius hic notorie lucrum conſequeretur cum alterius iniuria, ſi non argumentorum ponderibus ſed ſolo exigui temporis lapſu victoriam conſequi vellet, quod non ferendum eſt. STRVV. *S. I. C. Ex. VII. th. 25.* et hunc in modum iudicatum eſſe refert MAVRITIVS *de reſtit. in int. c. 407.* conf. WINCOPII *diſſert. de reſtit. aduerſus procur. per tot.* vbi hanc ſententiam latius defendit; quin quod in Camera procuratores expenſas ipſorum culpa factas de ſuo præſtare, nec a clientibus eaſdem repetere poſſunt. *Ord. Cam. P. I. tit. 21. n. 2. 3. et P. III. tit. 50. n. 7.* vid. MARTINI *ad Proc. Sax. Tit. VII. §. 1. n. 51.* vbi hoc etiam in aliis iudiciis obſeruari tradit.

VII) Hodie ſoli principali acquiritur actio iudicati.

§. IX. Ceſſat etiam in hodierna praxi VII), isque antiquo iure primarius dominii litis effectus, *quod procuratori directa, principali tantum vtilis ex iudicato actio acquiratur.* Cum enim antiquis formulis, quibus apud Rom. hæ actiones diſtinguebantur, non vtamur amplius, merito hodie etiam inter has et illas in effectu nihil intereſt, ſed indiſtincte domino per procuratorem etiam *ſine ceſſione* actio acquiritur, procuratori vero nulla competit, quippe cui iam veteri iure directa actio in vniuerſum cum effectu denegabatur, et ſolum *verbis* non *re* ipſa adiudicabatur. Schilter *Ex. X. th. 50.*

VIII) Hodie ſubſtituit procurator, ſi id ei in mandato conceſſum.

§. X. Quoad VIII) effectum ſunt quidem, qui facultatem ſubſtituendi procuratori hodienum tanquam effectum dominii litis attribuunt, vt GAILIVS *L. I. Obſ.* 74. *n.* 11. et BLVMIVS *Proceſſ. Camer. tit.* 67. *n.* 12. allegati a STRYKIO *in Vſ. Mod. h. t.* §. 39. Verum hoc in iudiciis Saxon. et paſſim aliis non obſeruatur, vbi procurator nec ante nec poſt L. C. ſubſtituere poteſt, niſi in mandato hæc ei poteſtas a Domino expreſſe conceſſa fuerit, CARPZ. *tit. V. art.* 5. *n.* 4. *et* 6. *et. Lib. III. tit. I. reſp.* 6. *n.* 23. MARTINI *Tit. VII.* §. 7. *n.* 98. hinc ſubſtitutus ad ſui legitimationem non tantum ſubſtitutionem a procuratore factam, ſed et *mandatum* principalis vel *tutorium, curatorium* aut *ſyndicatus inſtrumentum*, in quibus hæc clauſula *de ſubſtituendo* contineatur, exhibere debet. CARPZ. *Proc. d. l. n.* 33. Inſuper in Camera præter hanc poteſtatem ſubſtituendi, opus eſt etiam præſcitu principalis *Ord. Cam. P. I. tit.* 20. *n.* 1. quin et is ſtatim in mandato ſubiungere debet ſubſtitutum, qui in caſum mortui procuratoris litem ſuſcipiat continuandam, quod clare prouiſum in *R. I. de ann.* 1654. §. 100. verb. ſollen inskünfftig die Partheyen ſchuldig ſeyn, gleich zu

Ein-

Eingang des Recht-Standes den procuratoren einen Sub-ſtitutum, (jedoch ohne Beſtallung, und allein dahin, bis ſich der Fall begiebet) beyzuordnen, ꝛc. quo ipſo hic effectus dominii litis hactenus in totum per legem publ. abrogatus eſt, conf. MARTINI *Tit. VII.* §. 7. *n.* 73. 74. STRYK. *V. M. b.* §. 30. Nec obeſt R. I. *de ann.* 1507. *rubr.* wie ſich *Procuratores etc.* §. in dem die *Procuratores etc.* vbi ius ſubſtituendi adhuc ex L. C. deducitur. Verum nouioribus legibus et quidem tum *Receſſu Imp. de ann.* 1654. tum variis locorum ordinationibus, tum ipſa praxi ei ſimiliter derogatum, vti ipſi iuri Romano.

IX) Reuocatio ſubſtituti hodie a mandato dependet.

§. XI. Ex quo formari poteſt iudicium de effectu *nono,* ſcilicet hodie *reuocationem ſubſtituti* itidem non niſi *ex voluntate principalis fieri poſſe,* h. e. ſi principalis in mandato ei etiam hanc facultatem conceſſerit, quod etiam Iure Can. iam prouiſum in *c.* 3. *de Procur. in* 6. quia, quicquid iuris in conſtitutione, idem etiam in reuocatione eſſe debet. Similiter mortuo procuratore non exſpirat poteſtas ſubſtituti, vtpote quæ magis a principali dependet, quam a procuratore ſubſtituente, CARPZ. *Proc. Tit. V. art.* 6. *n.* 41.

X) Hodie libere reuocari poteſt procurator.

§. XII. Circa *decimum* effectum ſc. *reuocationem procuratoris,* libera hodie domini poteſtas eſt; licet enim ei tam ante, quam poſt L. C. reuocare mandatum, GROENEWEGEN *ad L.* 22. *C. de procur.* MARTINI *tit. VII.* §. 7. *n.* 98. *et* 115. nec opus, vt huius reuocationis cauſſa proponatur, deſuperque cognoſcatur, neque enim hoc Ius Canonicum in [illegible] *et* 13. *X. de Proc.* requirit, ſed tantum vult, vt facta reuocatio et iudici et aduerſario inſinuetur, vt de hoc vtrique conſtet. Nec etiam ius contradicendi habet aduerſarius, cum ipſius

nihil

nihil interſit, quocum procuratore litiget, ceſſante quippe hodie ex L. C. olim deducta quaſi contractus ſubtilitate, modo perſona principalis non varietur. Neque porro ipſe procurator ius quæſitum ad proceſſum habet, ſed ſi principalis ei ratione expenſarum et ſalarii ſatisfecerit, reuocationem mandati expreſſam non magis impedire poteſt, quam tacitam, quæ fit per tranſactionem ſuper lite factam, de quo ſupra dictum.

XI) Hodie ex parte procuratoris tacitus conſenſus ſufficit.

§. XIII. Circa effectum *vndecimum* puto, diſtinguendum eſſe inter procuratorem et principalem. Cum enim cauſſam alienam ſuſcipere, non exigui momenti negotium ſit, ideo *ratione principalis* patientia ſola hodie itidem non eſt loco mandati, nec quiſquam regulariter, niſi expreſſo mandato ſeſe legitimare poſſit, in iudicio pro alio admittitur. Quod autem aliquando mandatum præſumtum ſufficiat, ad exceptionem pertinet. Sed in *procuratore* aliter ſe res habet, in quo tacitam voluntatis declarationem ad munus hoc ſuſcipiendum ſufficere ſtatuit Ius Can. in *Clem. I. de procur.* quam diſpoſitionem etiam praxis approbat WISSENB. *ad ff. h. tit. n.* 3. et alii apud STRYK. *in V. M. h.* §. 22. citati: cenſetur autem procurator tacite voluntatem declaraſſe, ſi litteras principalis vna cum actis tranſmiſſis ſine contradictione acceptauerit.

XII) Hodie in popularibus action. procurator admittitur.

§. XIV. Effectus *duodecimus* nihil vtilitatis hodie præſtat, cum actiones populares moribus noſtris eam qualitatem non amplius habeant, quam moribus Rom. vt a quolibet inſtitui poſſint, ſed in iis cauſſis iudex vel *ex officio* procedat, vel *fiſci aduocatus* auctoritate publica conſtitutus agat. STRYK. *in not. ad Lauterb. tit. de popul. act. p. m.* 1010. *in f.* immo ſi vel maxime a priuato in iudicium deducuntur, hoc tamen non fit

niſi

niſi per *modum denunciationis*, vt ita ſumtus litis cuſtentur. SCHILTER *Ex. XLIX. th.* 58. 59. Ergo quæſtio hodie otioſa eſt, an procurator in his admitti queat.

§. XV. Exiguum quoque vſum habet *decimus tertius* effectus *de non admittendo procuratore in criminalibus*, quia enim moribus noſtris ceſſat inſcriptionis neceſſitas, pro accuſatore admittitur procurator, modo de iniuriis et expenſis caueat, vid. *Conſt. Crimin. Carol. V. art.* 12. verb. der Anklåger oder ſein Gewalthaber. STRYK. *V. M. tit. de procur.* §. 4. MARTINI *Tit. VII.* §. 1. *n.* 58. Circa perſonam accuſati eandem diſtinctionem obſeruari tradunt in praxi, quæ ſupra adducta eſt, vt in cauſſis, quæ pœnam pecuniariam aut, quæ in talem facile conuerti poteſt, habent, admittatur procurator, in iis vero, quorum pœna eſt capitalis, non admittatur (niſi pro abſente non tanquam defenſor, ſed vt extraneus iudici innocentiæ argumenta ſuggerat) vid. STRYK. *h. n.* 10. MARTINI *d. l.* cuius rei ratio tamen non *in dominio* quodam *litis* quærenda, ſed in ipſa natura proceſſus criminalis, quoniam reſponſio ad articulos inquiſitionales, confrontatio, territio, tortura, ſententiæ condemnatoriæ exſecutio in perſona procuratoris exitum habere non poſſunt, adeoque ipſius inquiſiti præſentiam requirunt, vbi autem non occurrit hæc neceſſitas, vt in criminibus leuioribus, ibi etiam licite procurator interuenit.

XIII) In criminalibus admittitur procurator ex parte accuſatoris; non accuſati in cauſſis capitalibus.

§. XVI. Ille porro effectus, quem ſupra XIV) loco recenſui, quod poſt L. C. exceptionem deficientis mandati opponere amplius non liceat, ibidem iam reiectus eſt, nec in praxi etiam attenditur, vbi legitimationis exceptio in quacunque iudicii parte etiam in exſecutione, quia iudicium retro

XIV) Exceptio deficientis mandati ſemper opponi poteſt.

 nul-

nullum, opponi poteſt. MARTINI *tit. 9. §. 1. n. 167. ſeqq.* Neque etiam *decimus quintus* effectus, *quod procurator dominum in reconuentione defendere debeat,* licet adhuc hodie ſuperſit, dominium litis pro fundamento agnoſcit, ſed potius natura proceſſus et mandati. Si enim procuratori ad litem dato omnia illa mandata cenſentur, ſine quibus ipſe mandatum exſequi nequit, *arg. l. 2. D. de iuriſd.* merito quoque mandatum ad reconuentionem habere videtur. Et hinc ſententia STRVVII in *S. I. C. Ex. VII. th. 35.* contrarium aſſerentis de moribus Saxonicis intelligenda, ſecundum quos reconuentio demum finita conuentione ſuſcipitur, adeoque ſuperior ratio ceſſat, vti monet L. B. DE LYNKER *in Anal. ibid.*

XV) Procurator dominum reconuentum defendere debet ex natura mandati.

§. XVII. *Decimum ſextum* effectum *de tranſmiſſione litis in heredes procuratoris* iam olim exoleuiſſe ſupra traditum. Quantum ad XVII) *quod procurator cauſſam in ſecunda inſtantia tractare debeat,* videtur hodie, iuxta *cap. pen. X. de procurat.* quod in praxi receptum eſt, procurator tantum ad appellationis interpoſitionem teneri, non etiam ad proſecutionem; LAVTERBACH. *comp. Iur. tit. de procur. in E.* STRYK. *V. M. h. t. §. 43.* niſi ſententia ſit interlocutoria aut procurator ad omnes lites datus. LAVTERBACH *ibid.* Si tamen velit, admittitur etiam ad appellationis proſecutionem et iuſtificationem, licet in mandato in genere tantum appellationis facta ſit mentio. CARPZ. *Proc. Tit. V. art. 1. n. 73. 74.* et *XVIII. art. 2. n. 15. ſeqq.* Quin etiam admittitur quandoque ipſa appellatio a procuratore interpoſita ſine omni mandato, ſi eam *nomine principalis* interpoſuerit, eoque conditionem ipſius meliorem reddiderit. Idem *d. l. 7. et ſeqq.* modo principalis eam intra decendium rati habeat, *n. 18. et 19. ibid.* Simili quoque ratione pu-

XVI) Appellationem interponere tenetur procurator, non proſequi regulariter, niſi velit.

pupillorum, minorum, aut vniuerſitatis appellationem admiſſam eſſe tradit *n.* 11. *et* 12. *ibid.*

§. XVIII. Quantum denique ad XVIII) effectum, *morte principalis poſt L. C. procuratoris poteſtatem non exſpirare*, eum in praxi æque non obſeruari conſtat, cum procurator etiamſi velit, mortuo mandante ad litem continuandam non admittatur, ſed reaſſumtio proceſſus non obſtante L. C. exigatur STRYK. *V. M. h. t. n.* 41. SCHILTER. *Ex. X. th.* 47. niſi quoad vnicum caſum, quem excipit *Lex Publ. in Rec. Depud. Spir. de ann.* 1600. §. Nachdem auch, vt, quando iam definitiue in cauſſa concluſum, reaſſumtione opus non ſit, ſed ſententia in procuratorem feratur, quia hic nullæ amplius litigantium partes ſunt, ſed concluſio in cauſſa, iuxta vulgatum, ipſis os clauſit, adeoque non opus eſt citari heredes ad reaſſumtionem proceſſus, vbi nihil intereſt, an ipſi adſint, an procurator, neque præiudicium eis exinde contingit. Vt itaque hæc reaſſumtionis difficultas et prolixitas euitetur, diſpoſuit R. I. *de ann.* 1654. §. 99. vt mandatis ſemper *clauſula heredum* inſeratur, ſo ſollen die Gewäld gleich anfangs auf der Partheien Erben mit geſtellet werden, und auf einer oder andern Parthei tödtlichen Hintritt nicht nöhtig ſeyn, die Erben ad reaſſumendam litem zu citiren: quod etiam in pleriſque ordinationibus proceſſuum repetitum eſt: Proinde omiſſio clauſulæ Vor mich, meine Erben und Erbnehmen, vitiat mandatum, BLVM. in *proceſſ. Cam. tit.* 67. *n.* 73. adeo vt communiter pronuncietur: des Klägers Anwald ſich beſſer, als geſchehen, und zwar durch eine auf Erben und Erbnehmen gerichtete Vollmacht zu legitimiren ſchuldig; quæ *clauſula heredum* in mandatis priuatorum per verba: Unſere Erben und Erbnehmen, in ſyndicatus

XVIII) Hodie morte mandantis exſpirat poteſtas procuratoris, niſi in mandato heredum facta mentio.

tus

tus inſtrumentis per Unſere Nachfolger exprimi ſolet, MARTINI *tit. VII.* §. 7. *n.* 24. *ſeqq.* quod etiam obſeruatur, ſi ecclesia apud proteſtantes aliquem conſtituit ad lites pro ſe tractandas, hic enim non ab adminiſtratore procurator (quod iure can. obtinere ſupra monitum,) ſed ab ipſa eccleſia, quæ vt vniuerſitas conſideratur, ſyndicus conſtituitur, adeoque illius poteſtas, cum vniuerſitas naturaliter non facile pereat, etiam raro hoc modo extinguitur.

Concluſio. §. XIX. Ex quibus omnibus tandem concludo, quia vel nulli amplius antiqui dominii litis effectus in praxi hodierna vel pauciſſimi ſuperſunt, et hi ipſi non in hanc Iuris Rom. ſubtilitatem, ſed aliam rationem, naturam puta *proceſſus* vel *mandati*, vel *æquitatem* pro fundamento agnoſcant, exiguam etiam vel nullam vtilitatem hoc dominium litis hodie præbere, cum non neceſſarium ſit, fora noſtra, intuitu Rom. alias ſimpliciſſima, otioſis ſubtilitatibus et fictionibus, quæ tamen vſu deſtituantur, implere, et iuriſprudentiam practicam adhuc reddere difficiliorem. Neque obſtat, quod in praxi nonnunquam prouocetur ad *dominium litis*, et Dd. Aduocati, Iudicesque illud in ore habeant, cum a dici ad eſſe non valeat conſequentia, et proinde non ex vulgatis aſſertis, ſed ex ipſa rerum indole verisque rationibus cauſſæ ſint æſtimandæ. Ne vero videamur otioſe de *dominio litis*, tanquam non ente, diſputaſſe, ſubiungamus, vel hoc vſum habere, quod oſtenderimus, dominium litis in procuratore hodie nullum vſum habere.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO XXXIII.

AD LIBR. III. PAND. TIT. III.

DE POTESTATE PROCVRATORIS IN CAVSSIS CRIMINALIBVS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Rationes maioris in noſtris foris procuratorum vſus, quam in foro Rom.* II. *Doctorum ſententiæ de procuratoribus in cauſſis criminalibus admittendis.* III. *Leges iuris Romani de hoc argumento.* IV. *Iure Rom. nec accuſator nec accuſatus per procuratorem agere poterat.* V. *Rationes huius regulæ, ab aliis adductæ, excutiuntur.* VI. *Verior et magis adæquata eius ratio.* VII. *Cauſſæ criminales non erant priuati arbitrii: ergo fictum litis dominium in Procuratorem transferri non poterat.* VIII. *Vnde procurator generatim exulabat inſuper habito omni cauſſarum criminalium diſcrimine.* IX. *Nec coniunctæ perſonæ procuratores eſſe poterant.* X. *Accuſatoris erat, proprio nomine accuſare. Explicatur L. 2. C. de his qui accuſ. non poſſ.* XI. *Quatenus pro accuſato defenſor admittatur?* XII. *Inuitus etiam defendi poteſt.* XIII. *Explicatur L. 3. C. de accuſat.* XIV. *De aufugientium defenſione, eorumque bonorum annotatione.* XV. *Inter reos receptus recte adhuc defendebatur.* XVI. *In quo crimine abſens condemnari in eodem et defendi poteſt. An in capitalibus?* XVII. *Quatenus in non capitalibus damnari et defendi poſſit?* XVIII. *Procurator admittebatur,* 1) *in cauſſis pecuniariis;* XIX. 2) *in actione contra libertum ingratum,* 3) *pro excuſanda abſentia,* 4) *in actione iniuriarum inter illuſtres,* 5) *pro clericis,* 6) *pro miniſterianis,* 7) *pro vniuerſitate.* XX. *Diſcrimen inter procuratorem abſentis, et eum, qui communi officio abſentem defendit.* XXI. *Nexus doctrinæ huc vſque expoſitæ in compendio oſtenditur.* XXII. *Iuris canonici cum iure ciuili conuenientia in hoc argumento.* XXIII. *Iu-*

re can. nec accuſatoris procurator admittitur, nec accuſati. XXIV. Vſus doctrinæ hodiernus. XXV. Procurator accuſatoris hodie admittitur, etiamſi huic ob calumniam grauior pœna immineat. XXVI. De procuratore rei. XXVII. Iuris Germanici ſententia in hoc argumento. XXVIII. De procuratoribus in iudiciis Weſtphalicis. XXIX. Quatenus pro reo præſente et abſente iure Germ. admittantur? XXX. Quatenus in proceſſu inquiſitorio? XXXI. In quibus cauſſis hodie admittantur? XXXII. De defenſione abſentis. XXXIII. De defenſore rei præſentis. XXXIV. De poteſtate procuratoris in proceſſu accuſatorio.

§. I.

Procuratorum hodie maior vſus quam olim.

Procuratorum magnus in foro Romano fuit vſus: longe maior in Tribunalibus Germaniæ, non tantum quod in ſuperioribus ex *neceſſitate* per illos agendum ſit, ſed etiam quod plures dentur cauſſæ, quæ opem procuratorum vicariam apud Romanos reſpuebant, quam apud nos admittunt. Infiniti erant actus legitimi, magna cum ſolemnitate apud Romanos peragendi, quos tantum præſentes cauſſarum domini legitime et valide perficiebant, non autem procuratores ſeu *vicarii. l. 77. de R. I.* Hos hodie per *procuratores* plerumque peragi poſſe, vel inde conſtat, quod tales actus magis *naturales* quam *legitimi* dici mereantur, in quibus vice alterius frui licet, vt vel *hereditatis aditio* et *auctoritas tutoris* docent. E contrario nemo in foro Romano cogebatur per *procuratorem* cauſſam ſuam in iudicium deducere, quin potius qui per procuratores comparebant, magis *ius ſingulare* quam *commune* exercebant, cum olim ex propriis Romani proceſſus principiis conſtitutum eſſet, alterius nomine neminem agere poſſe. *pr. I. de iis, per quos agere poſſ.*

Ne-

Neque in hoc tantum occurrit diuerſitas, ſed etiam in ipſa procuratorum qualitate, qui iure Latio conſtituendi erant *domini litis* ex principiis mox aperiendis, quæ tamen a rationibus iudiciorum noſtrorum aliena ſunt, ſic vt obſeruante SVENDENDÖRFFERO *ad Fibig. Part. I. c. 2. memb. 2. §. 6. n. 23.* procuratores Tribunalium magis *vicariorum vice* fungantur, quam *proprio nomine* ad inſtar *dominorum*, proût olim moris erat, agant.

An admittatur procurator in criminalibus, dubium.

§. II. Quæ cum ita ſint, iuſte dubitari poteſt, vtrum tam ſtricte hodie in *cauſſis criminalibus* procuratores a limine iudiciorum repellendi ſint, vti eoſdem olim Ius Romanum ab harum cauſſarum tractatione arcuit? Non quidem nudius tertius hoc thema in ſcenam productum eſt, ſed a multis iurium interpretibus, maxime qui criminalia commentariis ſuis exornarunt, ſollicita opera excuſſum eſt, quamuis non pari felicitate in eo enucleando verſati fuerint. Quidam tradita Doctorum parum cohærentia conſarcinare, et quomodocunque connectere maluerunt, quam propriis viribus penetralia huius quæſtionis perſcrutari, inter quos primum locum ſibi vindicat FARINACIVS *Quæſt. Crim.* 99. cuius veſtigia fideliter legunt SEBAST. GVAZZINVS *de defenſione reorum L.* I. *defenſ.* 12. FERMOSINVS *de Iudiciis ad c.* 14. *X. de illic quæſt.* 3. 4. 5. *et ad c.* 3. *X. de accuſat.* GOMEZ. *Variar. Reſolut. Tom.* 3. *c.* 1. *n.* 12. *et ſq.* Quidam magis ſolidiori ſtudio, derelicta communi interpretum opinione, hunc iuris articulum examinarunt, non quid alii dixerunt colligentes, ſed proprio vtentes iudicio, quorum in cenſum refero ANTON. MATTHEI *de Criminibus ad L.* 48. *tit.* 13. *c.* 4. VOETIVM *ad tit. de procurat.* §. 14. ANTON. SCHVLTINGIVM *in Enarrat. Pand. tit. de procurat.* §. 6. Denique quidam magis intenti fuerunt, vt ex

 præ-

præſenti rerum criminalium ſtatu hanc rem æſtimarent, quam certum iuris fundamentum, cui ſecure in praxi inhærendum, conſtituerent, quorſum CARPZOVIVM *Qu. Crim.* 105. referendum arbitror. Cum itaque ratio muneris mei, quod in ſupremo Wiſmarienſi Tribunali clementiſſime mihi mandatum eſt, poſtulet, vt, quæ ſint *legitima procuratorum munia*, ante omnia perpendam, excutiamque, et quibus in rebus vices ſuas aliis commodare queant, demonſtrem, operam haud carituram ſua vtilitate me ſuſcepturum eſſe credidi, ſi in POTESTATEM PROCVRATORVM IN CAVSSIS CRIMINALIBVS ſollicito ſtudio inquirerem, et iura antiqua fori Romani a legibus et vſu iudiciorum noſtrorum ſedulo diſtinguerem. Id autem vt legitime fieri queat, hac methodo vtendum erit, vt (I) quid hac de re *Iure Romano* cautum fuerit, exponam: (II) *Iuris Canonici* ſcita ſubiiciam: et denique (III) *Leges Germaniæ* et *Iudiciorum criminalium principia propria* in medium proferam, tandemque conſtituam, quouſque *poteſtas Procuratorum in cauſſis criminalibus* ſeſe hodie extendat.

Thema proponitur et methodus.

Poteſtas procuratoris in criminalibus (I) ex iure Romano.

§. III. Primum huius meditationis membrum concernit *Iuris Romani ſententiam*, quæ cum *ambigue* et *varie* de hac quæſtione diſponere videatur, fluctus ingentes peperit, adeo vt quidam, ICtos antiquos in hac re inter ſe diſcrepaſſe, et ſic veram antinomiam hic occurrere, arbitrati fuerint. Quidam enim textus procuratores in his cauſſis admittere videntur: quidam in alia omnia euntes procuratores in genere ab his præſepibus arcent. Poſterius aperte indicat PAPINIANVS in *l. pen.* §. 1. *de publ. iudic.* et, *ad crimen*, ait, *iudicii publici perſequendum fruſtra procurator interuenit, multoque magis ad defendendum; ſed excuſationes abſentium ex SCto iudicibus allegantur, et ſi iuſtam*

iuſtam rationem habeant, ſententia differtur. Diſtinguit in verbis adductis ICtus inter *merita cauſſæ* et inter *puncta* eiuſdem *incidentia*; illa procuratorem non admittunt, nec a parte *accuſatoris*, qui crimen iudicii publici perſequitur, nec a parte *rei*, qui ſe defendit. Ad *quæſtiones incidentes* referri debent excuſationes abſentium, quæ per procuratorem iudicibus allegari poſſunt, vt præcaueatur, ne poſt annum fiſcus bona abſentium occupet, quod olim contra contumaces cautum erat. *vid. tit. de requirend. vel abſent. damn.* In eandem ſententiam VLPIANVS tranſiit in *l. 1. pr. an per alium cauſſæ appell. reddi poſſ.* Præmittit primo loco reſcriptum Diuorum Fratrum huius tenoris: *ſi tibi, qui appellauit, mandauit, vt eum de appellatione, quam Pollia ad eum fecit, defenderes, et res pecuniaria eſt, nihil prohibet, nomine eius te reſpondere: ſi autem non ſit pecuniaria cauſſa, ſed capitalis, per procuratorem agi non licet.* Cum vero hoc Reſcriptum tantum in *cauſſis capitalibus* procuratores excludat, quos tamen forum criminale olim *generatim* reiecit, hinc ICtus ſtatim hanc declarationem ſubiicit, et, *ſed et ſi*, inquit, *ea cauſſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vſque ad relegationem, non oportet per alium cauſſas agi; ſed ipſum adeſſe auditorio debere ſciendum eſt.* Denique cum reſcriptum tantum de *reo* loqui videatur, nouam addit et quidem hanc declarationem: *idque erit probandum, et in ipſo accuſatore, ſi appellauerit, vel ſi aduerſus eum ſit appellatum.* Similiter IVLIVS PAVLVS *in Libr. V. ſententiarum Tit. 5. §. 9.* generatim ait: *In cauſſa capitali abſens nemo damnatur: neque abſens per alium accuſare, aut accuſari poteſt.* Ne vero quis exiſtimet, hoc ius cauſſis *capitalibus* tantum datum fuiſſe, IDEM *Lib. V. tit.* 16. §. 11. generalius hanc regulam conſtituit: *neque accuſator per alium accuſare, neque reus per alium defendi poteſt, nisi in-*

gratum libertum patronus accuſet, aut rei abſentia defendatur. Speciatim hanc doctrinam PAPINIANVS applicat ad crimen adulterii *in l.* 11. §. 2. *ad L. Iul. de adulter.* aiens: *ea, quæ inter reos adulterii recepta eſſet, abſens defendi non poteſt.* Eiuſdem ſententiæ fuit GORDIANVS in *l.* 15. *C. ad L. Iul. de adult.* his verbis: *ſi quondam vxor tua, antequam crimine adulterii accuſaretur, prouinciam exceſſit, neque abſens accuſari poteſt, neque in eam prouinciam, in qua ſtipendium facis, tranſmitti iure depoſcitur.* Ita de regula aperte conſtat, quæ eo magis firmata videtur, quod quædam exceptiones ſimul ad eam adductæ ſint. His vero contradicere aperte videtur Imperator ALEXANDER SEVERVS *in l.* 3. *C. de accuſat.* edicens: *Reos capitalium criminum abſentes etiam per* PROCVRATOREM *defendi, leges publicorum iudiciorum permittunt.* Sed etiam, quod mirandum eſt, VLPIANVS in *l.* 33. §. 2. *de procurat.* quaſi ſui immemor, ita de abſentibus edisſerit: *publice vtile eſt, abſentes a quibuſcunque defendi; nam et in capitalibus iudiciis defenſio datur. Vbicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemuis verba pro eo facientem, et innocentiam excuſantem audiri æquum eſt.* Vtriuſque legis ſententia huc redire videtur, ad minimum abſentes reos in cauſſis capitalibus per procuratores defendi poſſe, id quod tamen antea VLPIANVS ipſemet negauerat. Hac de cauſſa Imperator ALEXANDER in *l.* 13. *C. ad L. Iul. de adulter.* ſpeciatim circa adulteram aſſeruit, explorati iuris eſſe, illam, *ſi poſteaquam crimen contra eam inchoatum eſt, prouinciam exceſſerit, etiam abſentem inter reos recipi poſſe.* Hoc ſi verum eſt, etiam cum hoc effectu accipiendum eſt, vt per procuratorem ſeſe defendat, ne alioquin inaudita condemnetur, quod contra publicam vtilitatem eſt. Hoc ipſum admodum iudicibus commendat GVAZZINVS *l. c. n.* 54. et

54. et illos, qui ſententiæ priori paullo ſtrictius inhærent, acriter increpat, eosque *terribiles*, *idiotas*, *exſecutores terribiles iuſtitiæ*, *peruerſores iuſtitiæ*, et *humani ſanguinis inimicos* appellat, quod expediat reipublicæ abſentes a quibuſcunque defendi, et ſi non admittatur defenſor vel procurator, proceſſus annullandus ſit.

Regula iuris Rom. de procuratore in cauſſa crim. non admittendo.

§. IV. Hiſce tamen ſcopulis, poſtea ſpeciatim excutiendis, non obſtantibus, regula hoc modo formanda eſt: *Cauſſas criminales per procuratores ſtricte dictos neque a parte accuſatoris neque a parte accuſati peragi et expediri poſſe.* Hanc regulam non tantum firmant *LL.* §. *antec.* adductæ, ſed eandem in primis corroborat *l. vlt. C. de iniuriis*, in qua ſingulariter et per modum *exceptionis* illuſtribus Viris vel eorum vxoribus liberisque, ſiue criminaliter iniuriarum agere, ſiue contra motam criminalem accuſationem ſeſe tueri intendunt, per procuratores cauſſam ſuam vel defenſionem peragere permittitur, hac ſubiecta clauſula: *ita tamen vt* NVLLVS ALIVS *idem ſibi audeat vindicare, vel a noſtro numine poſtulare, ſed in ceteris mos iudiciorum, qui hactenus obtinuit, in poſterum ſeruetur intactus.* Aperte in hoc textu non tantum exceptio conſtituta eſt, ſed præterea cautum, ne NVLLVS ALIVS ſibi hoc *priuilegium* arrogare audeat, quo ipſo regula in contrarium ſimul confirmata, et quidem ex *iure antiquo*, quod hactenus obtinuerat. Simul quoque inde apparet, quid ſentiendum et habendum ſit de plurimis aliis exceptionibus, quas FARINACIVS aliique hic conglomerant, quas tamen IMPERATOR ZENO *in cit. l. vlt.* excludere voluiſſe videtur, conſtituendo, vt NVLLVS ALIVS ſibi hoc priuilegium aſſerere audeat. Hoc ipſum præterea argumentum idoneum præbet, quo oſtendi poteſt, exceptiones congeſtas

Digitized by Google

geſtas vel ad regulam non pertinere, vel vtplurimum falſas eſſe ſecundum iuris Romani diſpoſitionem.

Cuius rationes ab aliis prolatæ recenſentur, et examinantur,

§. V. Hoc vt euidentius fiat, ante omnia *rationes* huius regulæ eruendæ, et ex principiis fori criminalis Romani excutiendæ ſunt. Hic vero rurſus pleriſque aqua hæret, poſtquam peculiares iuris antiqui rationes neglexerunt, et *colores* magis quam *rationes ſolidas* in medium protulerunt, quæ non potuerunt non anſam præbere plures effingendi exceptiones, quas ius Romanum ignorat. Et quidem a parte accuſatoris a CARPZOV. *qu.* 105. *n.* 4. hæc traditur ratio, quod quilibet accuſator inſcribere in crimen ſeque ad pœnam talionis obligare debeat, *l.* 7. *D. de accuſat. l. vlt. C. eod.* adeo vt ſi forte ab accuſando deſiſtat, vel alias in probatione deficiat, accuſator ipſemet condemnari poſſit in pœnam SCti Turpilliani vel talionis. Equidem negari nequit, ex hoc principio procuratores accuſare non potuiſſe; ſed *ratio connexionis* non ſatis demonſtratur, nec oſtenditur, quid impediuerit accuſatorem, quo minus ipſemet vinculum inſcriptionis ſubire, et nihilominus per procuratorem cauſſam criminalem peragere potuerit? Nam IMPER. ZENO *in l. vlt. C. de iniur.* in actione criminaliter mota a viris illuſtribus hoc temperamentum admiſit, conſtituitque, vt non tantum ipſi, qui ſuper iniuria queruntur, inſcribere teneantur, ſed etiam ſententia contra eum, qui procuratorem dedit, poſtea ferri debeat; quod temperamentum ita comparatum eſt, vt generaliter et vbique ad quaſcunque cauſſas criminales applicari poſſe videatur.

ex parte reorum.

Pariter rationes, quæ pro excludendis procuratoribus ex parte eorum, qui *accuſantur*, adferri ſolent, non ſatis euidentes aut concludentes eſſe videntur. Ratio principalis hæc datur, quod

quod in caput ſolius rei accuſati, ſi damnatur, ſententia a iudice exſecutioni mandanda ſit, adeoque ne iudicium eludatur, ſententia quoque in reum incarceratum ferri debeat. *l. 2. C. de cuſtod. reor. l. 2. C. de exhibend. reis.* Quid vero obſtaret, quo minus hoc fieret, ſi vel maxime procurator interueniret? neque enim procurator videtur diſcrimen capitis ſubire, vtpote, qui non *ſuo*, ſed *alieno nomine* agere videtur; vnde rurſus liquet, alias adhuc requirendas eſſe rationes iuris Romani, ex quibus adducta ratio concludentior reddi queat. Plures alias adhuc affert rationes CARPZOV. *l. c. n. 43. ſeqq.* veluti, quod in criminibus procurator ſatiſdare aut idonee cauere non poſſit: quod multum interſit iudicis in cauſſa criminali cognoſcenda, a reo ipſo indicia et teſtimonia explicari, vt quaſi ſub publico teſtimonio commemoratio criminis admiſſi fiat, ac delinquentis perſona melius arguatur ex ipſo vultu et variatione eius, vel mutatione coloris, aut trepidatione aliiſque ſignis et indiciis: quod rei plurimum interſit, ſummo ſtudio cauſſam tractari, id quod magis per ſe, quam per procuratorem, præſtare poteſt: quod hæc ſanctio iuris ciuilis id in primis etiam operetur, vt homines deterreantur a delictis, animaduertentes, ſemet ipſos ſe aliter defendere non poſſe, quam ſi ad carceres migrent, omnia aliena ope deſtituti: denique quod, procuratoribus reorum admiſſis, cauſſæ criminales multis ambagibus et circuitionibus implicentur, liteſque ex lite moueantur. Omnes hæ adductæ rationes ita comparatæ ſunt, vt vix *ſecundariæ* et *ſuaſoriæ* dici mereantur. Si enim accuſatus *præſens* et in carcere eſt, cautio ſuperflua eſſe videtur, quia ipſemet pro cautione eſt; ſi vero *abſens*, plerique ex ſupra adductis legibus inferunt, procuratorem etiam ſine ſatiſdatione admittendum eſſe, vt in-

ſra expediendum erit. Neque ſufficere videtur ratio inde deſumta, vt eo facilius accuſatus delicti commiſſi conuinci queat: cum enim accuſationes in ſcriptis peragantur, æque per procuratorem ſatis informatum cauſſa inſtrui, et veritas erui poteſt. Qua de cauſſa ratio hæc magis ad *inquiſitorium* proceſſum quadrare videtur, qui Romanis incognitus fuit, adeoque dici poſſet, accuſatum ad ſingula criminis capita *in ſcriptis* potuiſſe reſpondere, cum etiam accuſatori iniunctum fuerit, vt libellum accuſationis in ſcriptis proferret. *l. 3. C. de accuſat.* Neque porro, quod reo magis conſultum eſt, eum adſtringit, vt præciſe in perſona compareat, nec ope procuratorum vicaria vtatur. Vtplurimum enim magis expedit, hanc cauſſam per procuratorem agere, quam in propria perſona comparere. Vlterius falſum eſt, hoc medio homines a delictis deterreri, quos magis *grauitas pœnæ*, quam *modus procedendi*, a propoſito delinquendi auocare debet: Et quis crederet, hunc *procedendi modum* in cauſſis criminalibus in hunc finem eſſe introductum, cum vnice *pœnarum* conſtitutio huc vergat? Denique ridiculum omnino eſt atque valde ieiunum, admiſſis procuratoribus metuendos eſſe ancipites circuitus; id quod ſi verum foret, prorſus eliminandi et abolendi procuratores, et ne quidem in cauſſis ciuilibus admittendi eſſent, quorum opera vicaria tamen nec olim forum Romanum carere potuit, nec hodie carere poſſumus.

Vera monſtratur ratio.

§. VI. Aliunde ergo et paullo altius fundamentum huius iuris conſtituti petendum eſſe exiſtimo. Videlicet conclamatum eſt, iure ciuili antiquo neminem alieno nomine lege agere potuiſſe, *l. 123. de R. I.* quod etiam repetit Imperator *in pr. I. de iis, per quos agere poſſ.* Lege agere autem is diceba-

batur, qui ius qualecunque ſolemniter per certas ſolemnesque formulas in iudicium deducebat. *l.* 2. §. 2. *de O. I.* Sicuti ergo in cauſſis *ciuilibus*, ita multo minus in *criminalibus*, quæ æque *ſolemnes* atque *legitimæ* erant, procurator admittebatur, quod *legis actiones actusque legitimi* in propria perſona ſine interueniente procuratore peragi deberent. Quia vero admodum incommodum et rationibus domeſticis non raro aduerſum erat, per procuratorem in iudiciis comparere non poſſe; a ICtis pedetentim inuenta fuit ratio, qua, ſalua iuris antiqui obſeruantia, *per indirectum* procurator admitti poſſet, hoc videlicet modo, vt *dominium litis* in eum transferretur, quo facto procurator non amplius *alterius nomine*, ſed magis *ſuo* in poſterum cauſſam agebat, habebaturque ac ſi cum ipſo principali, qui *dominus litis* dicebatur, actum eſſet. Huc collineat ICtus in *l.* 11. *pr. de doli mali et met. except.* inquiens: *Si poſt litem conteſtatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obiicienda ſit, dubitari poteſt: quia litis conteſtatione* RES PROCVRATORIS FIT, *eamque* SVO *iam quodammodo* NOMINE *exſequitur.* Inde fluxit famoſa et decantata in iure doctrina, procuratorem lite conteſtata effici *litis dominum*, *l.* 22. *et* 23. *C. de procurat.* eumque non amplius eſſe *adminiſtratorem litis alienæ*, ſed *propriæ exſecutorem*, quamuis ipſe principalis proprie et ex rei veritate litis dominus dici debeat. *l.* 24. *C. de procurat. l.* 30. *et* 31. *D. eod. l.* 14. *ſi quis caut. in iudic. ſiſtendi cauſ. etc.* Ita vero procuratores olim prorſus *alienam* induebant *perſonam*, propriamque abiiciebant, cum ſecundum veritatem rei procuratores nil proprii habeant, ſed alienum adminiſtrarent negotium, atque de eo domino cauſſæ ſeu principali rationes reddere teneantur. Huius principii, quod vnice *iuriſprudentiæ*

Romanæ proprium et peculiare erat, memor eſt CICERO *orat. pro Roſc. Com. circa fin.* et, *quid intereſt,* ait, *qui per ſe litigat; et qui cognitorem dat? Qui per ſe litem conteſtatur, ſibi ſoli petit. Alteri nemo poteſt: niſi qui cognitor eſt factus. Itane vero? cognitor ſi fuiſſet tuus, quod viciſſet iudicio, ferres tuum?* SVO NOMINE *petiit, quod abſtulit,* SIBI, *non tibi, exegit.* Erant autem *cognitores* qui *præſentis litigatoris cauſſam peragebant et tuebantur vt ſuam,* a quibus *procuratores* olim diſtinguebantur, *qui abſentis vices ſuſtinebant,* vt plenius euictum eſt in præcedente exercitatione de *dominio litis cap.* I. Quæ cum ita eſſent, olim abſolute ſententia in procuratorem ferenda erat, quippe qui *dominus litis* cenſebatur, adeo vt illa vitio nullitatis laboraret, ſi in principalem concepta fuiſſet. *l.* I. *C. de ſentent. et interloc.* Quid? quod iudicati actio ex eodem fundamento in *procuratorem,* non ipſum dominum verum, daretur, qua de cauſſa, vt hoc periculo procurator liberaretur, ipſe principalis eius fideiuſſor fiebat, et cautionem *iudicatum ſolui* eius nomine præſtabat, vt, hoc medio adhibito, in verum principalem exſecutio fieri poſſet. §. 4. *I. de ſatiſdat.*

Dicta applicantur ad cauſſas extraiudiciales, §. VII. Ita vero palam atque in propatulo eſt, hanc rationem, Romanis vnice propriam, ſæpius obſtitiſſe, quo minus procuratores in quibuſcunque negotiis admitti potuerint. Equidem in *extraiudicialibus cauſſis,* nullam ſolemnitatem deſiderantibus, ſine vlla difficultate procuratores admittebantur, atque in his vt *adminiſtratores rei alienæ,* non vt *domini* procedebant, quia nulla iuris ratio, vt *dominium cauſſæ* in hos transferri deberet, poſtulabat, vt *tot. tit. D. mandat.* demonſtrat. Actus legitimi, quorum numerus inſignis erat, eos reſpuebant, in propria perſona peragendi. *iudiciales,* Pariter *cauſſæ iudiciales* non abſolute

lute admittebant procuratores, ſed illæ demum, quarum *dominium* in eos transferri potuit, quales erant cauſſæ *priuati arbitrii*, non quæ *publicum ius* concernebant. Quo circa non alia de cauſſa actiones *populares* per procuratorem agi non poterant, iuxta *l.* 5. *de popular. act.* quam quod in bonis non eſſe dicerentur, *l.* 7. §. 1. *eod. l.* 12. *de V. S.* ſed potius *publicum commodum* reſpicerent. Nec aliud de *cauſſis criminalibus* dicendum erat, quæ non *priuati*, ſed *publici iuris* cenſebantur, quatenus criminaliter de illis agebatur, vnde et iudicia, eorum nomine comparata, dicebantur *publica. tot. tit.* D. *de publ. iud.* Quoniam ergo hæ cauſſæ in priuato ſingulorum non erant dominio, nec etiam procuratorem admittebant, in quem *dominium cauſſæ* transferendum erat. Accedebat, quod dominus litis propter *dominium* in ſe translatum periculo iudicati ſeſe ſubmitteret, atque in eum vt *dominum cauſſæ* ſententiæ ferenda, et ſic quoque, maxime ſi principalis deficiebat, exſecutio in eum facienda eſſet. Enimuero id in cauſſis criminalibus per rerum naturam fieri non poterat, in quibus alias procurator, ſi admiſſus fuiſſet, periculum capitis ſubire coactus fuiſſet, tam a parte *accuſatoris*, quam a parte *accuſati*. Illum enim ſtringebat vinculum inſcriptionis; huic vero imminebat pœna, cuius periculum nemo in ſe ſuſcipere poteſt, quod tamen ſuſcipere debuiſſe procurator ſecundum iuris Romani principia peculiaria, ſi per eum cauſſa criminalis peracta fuiſſet. Hisce præmiſſis, facilius intelligi et diiudicari poſſunt rationes a CARPZOV. FARINAC. aliisque adductæ, quarum pleræque, prout antea oſtenſum eſt, inſufficientes ſunt, adeoque Romanos ſine dubio non deterruiſſent ab admiſſione *criminales.*

procuratorum, ſi modo hi adminiſtratores cauſſæ alienæ, vt in *extraiudicialibus*, permanſiſſent.

Nec eſt differentia.

α) Inter crimina capitalia vel non capitalia.

§. VIII. Hæc adducta ratio, quæ *vnica et adæquata* ſecundum ius Romanum ſufficit, ſimul oſtendit (α) non eſſe conſtituendum diſcrimen, vtrum crimina ſint *capitalia* an *non capitalia*, quod tamen CVIACIVS *L. XX. obſ. 20.* hoc ſenſu conſtituit, vt recepti inter reos iudicio publico *non capitali* per procuratores defendi nequeant; facilius tamen in cauſſis *capitalibus*, cum tamen tam in his quam in illis ratio adducta locum inueniat, id quod etiam obſeruauit VLPIANVS in *l. 1. an per al. cauſ. appell. reddi poſſ.* vbi ſolas *pecuniarias cauſſas*, de quibus infra agendum eſt, excipit, adeo vt ſi vel relegatio delinquenti immineat, ne quidem procurator admiſſus fuerit, vtpote qui loco delinquentis relegationis periculum ſubire haud poterat. Conf. ANTON. MATTHAEI *de criminibus ad L. 48. tit. 13. c. 4. n. 4.* Vlterius (β) non eſt faciendum diſcrimen inter *abſentes* et *præſentes*, quod quidem nonnulli ex *l. 33. de procurat.* et *l. 3. C. de accuſat.* effingunt, cum tamen in vtroque caſu eadem ſit ratio, et longe difficilius videatur, pro abſente quam præſente procuratorem admittere, quod neceſſario procurator *abſentis* periculum *pœnæ imminentis* ſubire cogatur, quæ in *præſentem* facilius exſecutioni dari potuiſſet. Multo minus (γ) probanda eſt differentia inter delinquentem *carceratum* et *non incarceratum*, quam affert FARINAC. *qu. 99. n. 134. et 147.* vt pro carcerato quidem procurator admitti debeat, non vero pro eo, qui extra carceres conſtitutus eſt, ex hac infirma ratione, quod quando delinquens carceri mancipatus eſt, quælibet exſecutio contra eum fieri poſſet. Quid enim ſi ante exſecutionem mortuus fuiſſet? ſine dubio in procuratorem vt *dominum litis*

β) Inter abſentes et præſentes.

γ) Inter incarceratos et non incarceratos.

ſitis exſecutio ſententiæ, quæ in ipſum ferri debuerat, fieri debuiſſet, quod rationes iuris haud admittebant.

§. LX. Sic etiam (δ) nihil refert, vtrum perſonæ *coniunctæ* an *extraneæ* vices procuratoris ſubire velint. Quis enim crederet, coniunctas perſonas periculum capitis pro alio ſubire poſſe, non autem extraneas? FARINAC. *cit. l. n. 7.* Equidem Prætor alias etiam coniunctas perſonas admittit ſine mandato, quod vtplurimum eorum interſit, ne abſens condemnetur, etiam in cauſſis ciuilibus. Hoc vero modo non fiunt procuratores, vt VLPIANVS obſeruat *l. 3. §. 3. iudicat. ſolui*, inquiens: *Quod eis* (coniunctis perſonis) *agere permittitur edicto prætoris, non facit eos procuratores.* Scilicet tunc demum procuratores erant, ſi eis mandatum fuerat, vt ICtus *c. l.* addit: Si mandato deſtituti erant, magis ob intereſſe proprium interueniebant, quatenus eorum intererat, abſentem vxorem, fratrem, patrem, filium non condemnari. Quod cum admiſſum ſit in cauſſis *ciuilibus*, multo magis admitti debuit in *criminalibus*, non vt coniunctæ perſonæ tanquam *procuratores* comparerent; et diſcrimen, quod abſenti imminebat, ſubirent; ſed vt pro ſuo *proprio intereſſe* defenſionem cauſſæ criminalis ſuſciperent, quod magnopere ſua intereſſet, ne vxor, filius, pater condemnaretur. Colligo hoc ipſum *ex l. 2. C. de accuſat.* vbi Imperator ALEXANDER domino permittit ſeruum defendere, et *pro eo competentes allegationes offerre*, ita tamen vt *poſt probationem criminis non ipſe dominus, ſed ſeruus, pro ſuo delicto condemnationem ſuſtineat*; intererat enim domini, ne ſeruus innocens ad ſupplicium raperetur, vnde non poterat non damnum ſentire patrimoniale. Non ergo Dominus vt *procurator* ſerui interueniebat, ſed propter *ius proprium*, quod in hac

δ) Inter coniunctos et extraneos.

Niſi coniunctæ perſonæ ob intereſſe proprium, non iure procuratoris agant.

Sicuti domini intereſt, ne ſeruus condemnetur.

hac cauſſa criminali allegare poterat. Qua de cauſſa ICtus in *l. 11. de publ. iud.* notanter ait: *Seruus etiam per procuratorem domini, æque ac per dominum, defendi poteſt*; quod enim dominus ſeruum defendit, id facit intuitu ſui *patrimonii*, cuius cauſſam magis agit, quam *criminis*, quamuis illius rationem habere aliter nequeat, quam ſi crimen a ſeruo remouere tentet. Atque inde eſt, quod etiam *procurator domini* ad hanc defenſionem admittatur, quod hoc ipſo procurator *patrimonium domini* defendat, non vero ea intentione cauſſas criminales ſerui ſuſcipiat, vt directo eius vices ſuſcipere velit. Hoc confirmat MODESTINVS in *l. 18. de appellat.* *Lucius Titius pro ſeruo ſuo, qui ad beſtias datus eſt, prouocationem interpoſuit, quæro, an huiuſmodi appellationis cauſſas per procuratorem reddere poſſit? Modeſtinus reſpondit, poſſe,* quia dominus ſeruum defendens *rem ſuam* defendit, non vero *procurator in cauſſa criminali* conſtituitur, et ſic impediri nequit, quo minus per procuratorem rem ſuam tueatur.

E contrario accuſator tantum ſuo nomine accuſat,

§. X. Hæc obſeruatio ſimul iter oſtendit, quo eundum ſit in explicandis textibus, qui procuratorum vicariam operam in defenſione reorum admittere videntur. Id primo conclamatum eſt, eos non *de accuſatore* diſponere, ſed tantum de *accuſato*; neque enim abſoluta accuſandi neceſſitas regulariter adeрat, ſi exceperis caſum SCti Silaniani, quo heres ſub pœna priuandæ hereditatis iuſſus eſt accuſare eum, qui defuncto teſtatori manus violentas iniecerat. Interim tamen non liquet, heredem hoc caſu per *procuratorem* accuſare potuiſſe, quod iuris ratio antea tacta non permittebat, ſimulque *l. vlt. C. de iniur.* *nullos alios* ab hac regula eximebat, quam ſolos illuſtres, actione iniuriarum criminaliter mota. Multo minus itaque alii, qui-

ſi vel maxime accuſatio neceſſitatis erat,

bus

bus non eadem accuſandi neceſſitas impoſita erat, procuratori vices ſuas ob *vinculum inſcriptionis* demandare poterant, adeo vt tutores vel curatores, quos tamen officii ratio quodammodo ad accuſandum inuitabat atque cogebat, *proprio nomine* accuſationes mouere, et in crimen inſcribere neceſſe habuerint. Confirmat hanc ſententiam per reſcriptum IMP. ANTONINVS in *l. 2. C. de his qui accuſ. non poſſ.* affertque caſum, quo *tutores cautiones quaſdam Secundini ſuſpectas vt falſas habebant*, atque ex *l. Corn. de falſis* agere conſtituerant, quod Imperator approbat, his verbis: *proprio nomine (cum non liceat alieno) non prohibentur in crimine falſi ſubſcribere.* Quodſi tutores *nomine pupilli* in crimen ſubſcripſiſſent, *alieno*, non *ſuo*, nomine ad inſtar *procuratorum* de hoc crimine vindicando egiſſent, quod tamen ratio iuris non permittebat, et ANTONINVS expreſſe declarat in verbis: *cum non liceat alieno.* Quocirca aſſenſum haud meretur CVIACIVS *in notis ad* IVLII PAVLI *ſentent. Lib. V. tit. 12. §. 4.* exiſtimando, mendum in verbis: *proprio nomine*, occurrere, atque loco eorum legendum: *pupilli nomine*, quam violentam correctionem nec ratio iuris communis, nec quae in ipſo textu adducta eſt, admittit; prout etiam obſeruant SCIPIO GENTILIS in *Apol. Apuleii* p. 16. n. 32. et IACOB. GODOFREDVS *ad l. 2. C. Theod. de calumniat.* oſtendens, *Graecum interpretem*, immo etiam ipſum THALELAEVM, lectioni vulgatae fauere. Ideo enim tutores *proprio nomine* ſubſcribere debere ait, *quod alieno non liceret.* Ne vero tutores periculum, quod ex hac *ſubſcriptione* iis imminere videbatur, obiicere poſſent, ſubiungit ANTONINVS, quod non facile illud ipſis metuendum ſit, quia ex *neceſſitate officii* quodammodo ad accuſationem tracti fuerunt; niſi *euidens eorum calumnia iudi-*

vel tutor velet accuſare,

ex ſententia l. 2. C. de his qui accuſ. non poſſunt,

in qua nihil mutandum.

canti apparuerit. Hæc verba non ſatis cohærerent cum prioribus, ſi CVIACII correctio recipienda foret, quia tunc fruſtra exceptionem *periculi imminentis* obieciſſent. Interim non abſolute neceſſitatem accuſandi *proprio nomine* illis iniungit, ſed notanter ait, *eos non prohiberi* accuſationem mouere *proprio nomine;* etenim ipſe pupillus vel minorennis cum auctoritate tutorum et conſenſu curatorum accuſare poterat, quo facto ipſe pupillus vel minor periculum inſcriptionis ſubibat, tutor vero *adſcribebat*, ſe ei adſiſtere, quod SCIPIO GENTILIS *cit. l. p. 14. n. 27.* ex Apuleio illuſtrat. Salua tamen reſtitutio in integrum minori erat intuitu eius detrimenti, quod ex accuſatione falſi teſtamenti, ſi ſuccumbebat, ei imminebat. Docet hoc PAVLVS *Lib. V. ſentent. tit. 12. §. 4.* et, *ætati eius*, inquit, *qui accuſat teſtamentum, ſi non obtineat, ſuccurri ſolet in id, quod ita amiſit, maxime ſi tutoris aut curatoris conſilio actio inſtituta ſit.* Notum enim eſt, quod qui fruſtra teſtamentum ex capite *falſi* accuſauerint, omne emolumentum, quod ex teſtamento ſperare poterant, amiſerint, illudque fiſco addictum fuerit. Merito tamen excipiendus erat caſus, ſi aperte apparebat ex circumſtantiis, curatorem tantummodo *calumniæ cauſſa* ſubornaſſe minorem, vt ipſe *proprio nomine* accuſaret, et cum conſilio eius in crimen inſcriberet; de quo ſi probabiliter conſtabat, iudex cogere poterat curatorem, vt *proprio nomine* ſubſcriberet, quod ex APVLEIO eleganter illuſtrat IAC. GODOFREDVS *c. l.* et SCIPIO GENTILIS *l. c. p. 16. ſeq.* Denique quamuis tutor, accuſando et *proprio nomine* in crimen inſcribendo, magis *pupilli* quam *ſuo nomine in effectu* agere videretur, *directo* tamen pupilli nomine non accuſabat, quod indigitat *l. 2. C. de his, quib. vt indignis*, vbi IMPP. in caſu, ſi in cauſſa non obtinue-

Poteſt etiam pupillus accuſare cum auctoritate tutoris.

Niſi tutor per calumniam ſubſtituerit pupillum.

tinuerit tutor, cum periculo calumniæ et obligationi ad damnum pupillo reſarciendum ſubiectum eſſe, declarant, adiecta hac ratione dubitandi: *quamuis pupilli nomine agere videaris.* Hoc prætextu vtebatur tutor, vnde tamen minime inferri poteſt, re vera tutorem *pupilli nomine* ad accuſandum admiſſum fuiſſe, quia hunc colorem diſerte reprobant IMPP. Eundem in ſenſum accipienda eſt *l. 22. de his quæ vt indignis,* vbi itidem agitur de tutore, qui *pupilli nomine* accuſationem mouerat, vnde tamen minime inferre licet, tutorem proprio nomine in crimen inſcribere non debuiſſe, id quod deſiderat diſerte *l. 2. C. de his qui accuſ. non poſſ.* Videlicet inſpecto *effectu* accuſationis et *intentione* tutoris, magis *pupilli* quam *ſuo nomine* accuſare videbatur; conſiderata autem *inſcriptione*, ſuo nomine iuxta rationem iuris agebat, quamuis hoc ipſo periculum calumniæ non facile ſubibat, quod rurſus TRYPHONINVS *in c. l. 22.* obſeruat, ex hac ratione: *quia officii neceſſitas et tutoris fides excuſata eſſe debet.* Paullo poſt addit: *cum non ſuæ perſonæ iure, ſed pupilli, accuſauerit, propriam pœnam mereri non debet*, quæ verba ſanum non admitterent ſenſum, ſi non ratio dubitandi inde deſumta fuiſſet, quod proprio nomine in crimen inſcripſiſſet; neque enim reo abſoluto is, qui accuſauerat, vt calumniator puniebatur, niſi iudex ſimul pronunciaſſet, eum calumniatorem fuiſſe. *l. 3. C. de calumniat.*

Licet pro accuſato procurator interuenire non poſſit, quilibet tamen ſuo iure admittitur.

§. XI. Progredior ergo ad *accuſatos*, quorum nomine, ſi abſentes ſunt, nonnulli procuratores admiſerunt, quod *l. 3. C. de accuſat.* expreſſe aſſerat, reos capitalium criminum abſentes etiam *per procuratorem* defendi poſſe. Huc etiam collineare videtur VLPIANVS in *l. 33. §. 2. D. de procurat.* cuius verba ſupra iam recitata ſunt, quæ oſtendunt, *vbicunque abſens* damna-

damnari poteſt; ibi quemuis pro eo verba facientem audiendum eſſe, in primis ſi crimen *capitale* fuerit, quamuis *non capitalia* eo ipſo haud excluſa fuerint, vt recte obſeruat ANTON. MATTHAEI *de criminibus* ad *Lib.* 48. *tit.* 13. *c.* 4. *n.* 4. et ſimul VLPIANVS indigitat per rationem adiectam: *nam* ET *in capitalibus iudiciis defenſio datur*, vbi particula ET indicat, non tantum *in non capitalibus*, ſed etiam in *capitalibus*, quemlibet pro abſente verba facere poſſe, quod etiam in his defenſio non deſit. Videlicet ipſe VLPIANVS ſuppeditat ſufficienter clauem, qua hæc difficultas ſolui queat. Ait enim: *publice vtile eſt, abſentes a quibuſcunque defendi*, quibus verbis oſtendit, cauſſam defenſionis *publicam*, omnibusque *communem* eſſe, quod ſinguli potius admittendi, quam inauditus condemnandus ſit. Quando ergo pro *abſente* extranei verba faciunt, eiusque innocentiam oſtendere ſtudent, non agunt *procuratorio nomine*, ſed cauſſam quaſi *publicam* defendunt, nullo tamen ſibi periculo imminente: quodſi *procuratorio nomine* ad defendendum admiſſi fuiſſent, condemnationis periculum in eos redundaſſet, a quo immunes erant, qui cauſſam innocentiæ abſentis vt *publicam* exſequebantur, quia non *alieno nomine*, ſed quaſi *publico*, accuſationi interueniebant. Hanc meditationem optime illuſtrat *l.* 19. *D. de pœnis*, vbi ICtus ita: *ſi non defendantur ſerui a dominis, non vtique ſtatim ad ſupplicium deducuntur, ſed permittetur eis defendi, vel ab alio: et qui cognoſcit, debebit de innocentia eorum quærere.* Sicuti itaque dominus, ſeruum defendendo, *procuratorio nomine* haud interueniebat, ſed magis *ſuo*, citra vllum condemnationis periculum, ita pariter ſi alius quilibet ſeruum defendebat, non eius procurator exiſtebat, ſed tanquam *membrum populi* cauſſam innocentiæ vt *publicam* pertractabat.

Quod cauſſa defenſionis ſit publica,

vt quilibet ſuo, non alieno nomine, defendere cenſeatur.

§. XII.

§. XII. Hoc vel inde liquet, quia etiam, *reluctante accuſato*, cuilibet integrum erat, defenſionem eius et innocentiæ oſtenſionem ſuſcipere, quem in finem prouoco ad *l. 6. D. de appellat.* cuius verba hic apponi merentur: *Non tantum ei, qui ad ſupplicium ducitur, prouocare permittitur: verum alii quoque nomine eius, non tantum ſi ille mandauerit, verum quiſquis alius prouocare voluerit: neque diſtinguitur, vtrum neceſſarius eius ſit, nec ne: credo enim humanitatis ratione omnem prouocantem audiri debere: ergo et ſi ipſe acquieſcit ſententiæ, nec quærimus, cuius interſit. Quid ergo, ſi reſiſtat, qui damnatus eſt, aduerſus prouocationem? nec velit admitti eius appellationem, perire feſtinans? Adhuc putem differendum ſupplicium.* Verba hæc admodum plana ſunt, demonſtrantia etiam *inuitum* et *reclamantem* a quocunque defendi poſſe; quis vero aſſereret, dari etiam procuratorem *reclamantis* et *inuiti*? pro quo ne quidem *negotiorum geſtor* interuenit. Etenim negotium *ignorantis*, non *inuiti*, geritur. *l. 24. C. de negot. geſt.* Quocirca qui defendit reum, cui ſupplicium imminet, quique eius innocentiam oſtendere paratus eſt, non *procuratoris* vices ſuſtinet, nec tam cauſſam eius, quam *publicam*, agit, cum ſingulorum interſit, ne innocens ad mortem rapiatur. Ne vero quem offendant verba adductæ legis: *nomine eius*, item: *ſi ille mandauerit*, ſciendum eſt, priora quidem *effectum rei* arguere, quod talis defenſio ſimul reo proſit, non vero, quod iure *procuratoris* eius nomine defenſionem ſuſcipiat; quin etiam poſteriora non de *mandato procuratorio iudiciali* accipi debent, quo procurator fit *dominus litis*, ſed de quibuſcunque *precibus*, quibus etiam mandatum alias contrahi ſolet. *l. 1. mandat.* Senſus ergo ſimplex *cit. l.* huc redit, quemlibet pro eo, qui ad ſupplicium ducitur, appellare, et eum a crimine obiecto

Qua de cauſſa etiam reluctantem defendere licebat,

purgare poſſe, ſiue conſenſerit, ſiue diſſenſerit, quod non vt *proprie dictus procurator* hoc faciat, ſed magis vt quilibet de populo, qui, quod *publicum commodum* tangit, ſuo iure in iudicio exſequitur. Nec his aduerſantur verba *cit. l.* hæc: *nec quærimus, cuius interſit*, quæ indigitant, *ſpeciale intereſſe*, quod alicui tantum proprium eſt, et primario alias *intereſſe* dici ſolet, hic non deſiderari, quin potius ſufficere *humanitatis rationem*, in qua intereſſe *commune* latitat.

ob intereſſe commune.

Licet in l. 3. C. de accuſ. procuratoris mentio fiat,

§. XIII. Maius forſan dubium erui poſſet ex *l. 3. C. de accuſat.* in qua expreſſe dicitur, *reos capitalium criminum abſentes etiam* PER PROCVRATOREM *defendi poſſe.* Vnde planum eſſe videtur, defenſionem per *procuratorem verum* in criminalibus facere licere. Sicuti vero verba ambigua pro *ſubſtrata materia* accipienda ſunt, ita ipſa materia criminalis, de qua hic agitur, indicat, *procuratores* ſtricte dictos, qui *litis domini* fiunt, hic intelligi non poſſe. Eſt videlicet appellatio procuratorum admodum generalis, vt CICERO indicat *pro Cæcinna*, aiens: *procuratorem non eum tantum, qui* LEGITIME *procurator dicitur, omnium rerum eius, qui abſit, quaſi pene quidam dominus, hoc eſt, alieni iuris vicarius, ſed quemlibet, qui aliquid noſtri negotii gerat, clientem videlicet, colonum, aut libertum, aut qui illam vim deiectionemque rogatum aut nomine noſtro fecerit.* Si ergo qui *rogatus* aliquid facit, aut *alieno nomine* quid ſuſcipit, recte *procurator* dicitur, non inepte etiam aſſeri poteſt, abſentem *per procuratorem* defendi poſſe, quatenus vel ad *rogationem* eius hoc facit, vel ſine *rogatione*, ſimul tamen in vtilitatem eius, quamuis defenſor intuitu boni publici magis, quam *procuratorio* nomine, hoc facere credatur; Neque enim *veros procuratores* cauſſam reorum agere potuiſſe, ſupra iam ex ratione iuris Romani

cum appellatio procuratoris ſit ambigua.

mani probatum dedi. Ceterum non adeo inſolens eſt, etiam in iure noſtro eum, qui *ſine mandato* in alterius vtilitatem quid agit, *procuratorem* vocari, per *l.* 34. §. 6. *l.* 12. §. *vlt. l.* 58. *de ſolut. l.* 17. *pr. de in rem verſ. l.* 51. §. 1: *de ædilit. edict. l.* 8. §. 6. *de liberat. legat.* Breuiter: *per procuratorem defendi* reus dicitur, qui non ſemet ipſum a crimine imputato purgat, ſed cuius gratia alius defenſionem ſuſcipit, et quidem *boni publici* cauſſa, quo ipſo magis *publico nomine*, quam *accuſati*, interuenire dicatur, adeoque nullum ei ex condemnatione imminet periculum, æque ac domino, vel cuicunque alii, qui *ſeruum* defendit, quod tamen procuratori metuendum erat.

Præſentis et condemnati defenſio peragenda poſt condemnationem,

§. XIV. A quo tempore vero quilibet *abſentis* vel ad *ſupplicium condemnati* defenſionem ſuſcipere potuerit, boni publici cauſſa, ante omnia quoque inquirendum eſt. Equidem qui iam ad mortem vel aliud ſupplicii genus condemnatus erat, in ea conditione conſtitutus erat, vt cauſſam criminalem immediate per ſe peregiſſet, adeoque iuxta *l. 6. de appellat.* prouocationis inſtantia cuicunque patebat, id quod facilius recipi poterat. Difficilior diſpectio eſt de illis, qui ſub initium mouendæ accuſationis aufugerant. Generaliter MARCIANVS *in l.* 1. *de requir. vel abſent. damn.* ait: *Diui Seueri et Antonini M. reſcriptum eſt, ne quis abſens puniatur, et hoc iure vtimur, ne abſentes damnentur; neque enim inaudita cauſſa quemquam condemnari æquitatis ratio patitur.* Quodſi ergo abſens condemnari nequit, fruſtranea eſt opera eius, qui abſentem a crimine imputato vult purgare. Addit vero ICtus: *ſed abſens requirendus adnotatus eſt, vt copiam ſui præſtet. Adnotaſſe* Præſidem requirendum reum BRISSONIVS *de verb. ſignif. ad voc. adnotare* cenſuit, cum in acta referebat eum, cuius abſentis nomen delatum erat, requi-

abſentes ante motam accuſationem non poterant condemnari, et ſic nec defendi,

adnotatus tamen requirebatur.

requirendum, vt adeſſet, et ſui copiam faceret. Quorſum collineare videtur MARCIANVS *c. l.* §. 2. aiens: *Præſides autem prouinciarum circa requirendos* ADNOTATOS *hoc facere debent, vt eos, quos* ADNOTAVERINT, *edictis adeſſe iubeant, vt poſſit innoteſcere eis, qui* ADNOTATI *ſunt.* Erat enim vocabulum *adnotationis* admodum generale et quod aliquo iudicio ſignificabatur aut declarabatur, denotabat vt plenius docet IOANNES ROBERTVS *Lib. III. ſentent. iur. c.* 8. Speciatim vero *adnotati* in criminibus abſentes dicebantur, quorum bona obſignata erant, vt liquet ex *tit. de requirend. vel abſ. damn.* oſtendit. Palam eſt, bona abſentium et fugitiuorum adnotata et obſignata fuiſſe, tum ne ex bonis ipſorum fuga inſtrui poſſet, tum etiam, vt, ſi intra annum non reuertebantur, ſcirent, bona ipſorum caduca fieri, et in fiſcum deferri. Vnde annus exinde computandus erat, ex quo ea ADNOTATIO vel edicto, vel litteris ad magiſtratus factis, publice innotuerat. *l.* 4. *pr. cit. tit.* Proinde ſpecialiter adnotati dicebantur, quorum bona adnotata et obſignata propter fugam erant, id quod per edicta illis manifeſtandum erat, ne alias ignorantes bonorum ſuorum iacturam paterentur. Ita planus eſt ſenſus *l.* 6. *C. de accuſat.* in qua ad ius vetus GORDIANVS prouocat in hæc verba: *Abſentem capitali crimine accuſari non poſſe, ſed requirendum tantummodo adnotari ſolere, ſi deſit, vetus ius eſt. Et ideo cum abſentem te et* IGNORANTEM, *cui nunquam vllum crimen denunciatum eſſet, per iniuriam a præſide prouinciæ in metallum damnatum eſſe dicas: quo magis in præſenti te agente (vt aſſeueras) iam nunc fides veri poſſit illuminari, Præfectum prætorio adire cura: qui quicquid nouo more et contra formam conſtitutionum geſtum deprehenderit, pro ſua iuſtitia reformabit.* Ecquid vero *requirendum tantummodo adno-*

Adnotati quinam?

Digitized by Google

adnotari ſolere, aliud eſt, quam bona eius obſignari et adnotari ſolere? neque ſufficiebat adnotatio, ſed per edicta legitime hoc ei indicandum, vel requirendus erat, quorſum collineant verba *cit. l. cum abſentem te et ignorantem, cui nunquam vllum crimen denunciatum eſſet*, etc.

§. XV. Præterea quoque abſens, ſi vel maxime iam *in reos receptus* erat, defendi tamen non poterat, vt PAPINIANVS *in l.* 11. §. 2. *ad L. Iul. de adult.* docet. Potuiſſe vero etiam adulteras abſentes inter reos recipi, oſtendit *l.* 13. *C. eod.* Videlicet accuſator rei nomen *deferebat*, et poſtulabat, *vt eius nomen reciperetur*, iudex vero *recipiebat* hoc modo, vt nomen eius, qui *reis* adnumerandus erat, in tabulam, quæ publice in ærario ſuſpenſa erat, referret, vt indicat CICERO *pro Cluentio c.* 31. *Hærebant in tabulis publicis reus et accuſator.* Atque hoc erat *referre in reos*, vel *nomen* eius *recipere*, quod rurſus indigitat CICERO *in Verrem IV. c.* 38. *Palam de ſella ac tribunali pronunciat, ſi quis abſentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, ſeſe eius nomen recepturum: et ſimul, vt ad cauſſam accederet, nomenque deferret, Agathinum nouum affinem atque hoſpitem cœpit hortari.* Hac facta in reos relatione, Prætor iubebat edicebatue, vt reus certo die adeſſet, vt auctor eſt ASCONIVS PEDIANVS *in Corneliana: detulit nomen Publius, ſubſcripſit Caius: et cum Lucius Caſſius Prætor decimo die, vt mos eſt, adeſſe iuſſiſſet accuſatore*, etc. Die adueniente, cum in ius ventum eſſet, reus *reſpondere* ad crimina obiecta cogebatur, quo ipſo litem conteſtabatur, vt rurſus PEDIANVS *in diuinat.* his verbis demonſtrat: *Quid eſt reum fieri, niſi apud Prætorem legibus interrogari? Cum enim in ius ventum eſſet, dicebat accuſator apud Prætorem reo: Aio te Siculos ſpoliaſſe. Si tacuiſſet, lis ei æſtimabatur, vt victa; ſi negaſſet, petebatur* a ma-

Neque defenſio ab aliis fiebat, ſi tantum in reos receptus erat.

Receptio in reos quomodo facta?

Poſtquam relatus in reos certo die reſpondere cogebatur.

Poſt L. C. demum quilibet abſentem defendere poterat.

a magiſtratu dies inquirendorum eius criminum. Quodſi hoc facto abeſſe cœpiſſet, abſens *per quemcunque* demum defendi potuiſſe videtur, vt recte docet VOETIVS *ad tit. de procurat.* §. 14. Nam ICtus in *l.* 11. §. 2. *ad L. Iul. de adult.* expreſſe ait: *ea, quae inter reas adulterii recepta eſſet, abſens defendi non poteſt*, quod ſola relatione inter reas lis haud conteſtata, poſt litem conteſtatam vero cauſſa criminis *principaliter* agenda eſſet, quorſum etiam collineant *l.* 13. *et* 15. *C. eod.* Olim talis *defenſio* per *oratores* fiebat, orationibus ad populum habitis, vt vel monumenta CICERONIS oſtendunt, qui tamen *procuratores* neutiquam fiebant. Equidem hoc non admittit GRANNANIETO *in commentar. ad cap.* 14. *X. de iudiciis n.* 10. cenſetque, ne quidem *poſt litem conteſtatam* ream adulterii *abſentem* per alium defendi poſſe, quod demum mulier *inter reas* adulterii recepta eſſet, ſi perſonaliter comparuiſſet, et litem conteſtata fuiſſet, adeoque rationem decidendi inde petendam iudicat, quod eo tempore adulterium inter *crimina capitalia* haud relatum fuerit. Sicuti vero poſterius admodum dubium eſt, quin potius ex *fragmentis* DIONIS a VALESIO editis *p.* 755. conſtat, ANTONINVM CARACALLAM pœnam capitalem *praeter ius ac morem* adulteris dictaſſe, (qui ante eum morte non plectebantur) et quia PAPINIANVS auctor *l.* 11. §. 2. *ad L. Iul. de adult.* eo tempore vixit, aſſeri vix poteſt, eum rationem decidendi inde petiuiſſe; ita ſi vel maxime verum fuiſſet, crimen adulterii eo tempore non fuiſſe *capitale*, minime inde colligi poſſet, abſentem propterea defendi non potuiſſe, cum ſæpe iam monitum fuerit, etiam in *non capitalibus* abſentem per alios defendi potuiſſe. Neque ſtatim vbi quis inter reos receptus erat, lis conteſtata dici poterat, cum antea obſer-

naue-

nauerim; *abſentes* etiam inter reos recipi potuiſſe, cum quibus tamen nulla litis conteſtatio concipi poteſt. Eo ergo tempore (I) demum per alium licite defenſio ſuſcipiebatur, quo cauſſa criminis *principaliter* pertractanda erat, id quod demum poſt *litem conteſtatam* contingebat.

§. XVI. Verum ne quidem ſufficere videtur, litis conteſtationem a praeſente factam fuiſſe, sed (II) QVALITAS CRIMINIS admiſſi praeterea attendenda eſt, iuxta VLPIANVM *in l.* 33. §. 2. *de procurat.* vt tale crimen admiſſum ſit, *in quo abſens damnari poteſt.* Regulariter enim abſentes damnari non poterant, vt ſupra iam obſeruatum eſt, et rurſus VLPIANVS in *l.* 5. *D. de poenis* fatetur, inquiens: *abſentem in criminibus damnari non debere, Diuus* TRAIANVS *Iulio Frontoni reſcripſit, ſed nec de ſuſpicionibus debere aliquem damnari, Diuus* TRAIANVS *Aſſiduo Seuero reſcripſit: ſatius enim eſſe, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.* Oſtendit praeterea in ſequentibus, quomodo aduerſus contumaces procedi debeat, aitque vſque ad *relegationem* procedi potuiſſe; *verum ſi quid grauius irrogandum fuiſſet, puta in metallo, vel capitis poenam non eſſe abſentibus irrogandam.* Quid vero eſt, quod idem VLPIANVS in *l.* 33. §. 2. *de procurat.* etiam in criminibus *capitalibus* abſentes per alios defendi poſſe admittat, cum tamen in *cit. l.* 5. aſſerat, in illis eos damnari non potuiſſe? Quid porro eſt, quod ALEXANDER SEVERVS *in l.* 3. *C. de accuſat.* reos capitalium criminum abſentes per alios defendi poſſe aſſerat? Equidem CVIACIVS *in Notis ad* PAVLI *ſent. L. V. tit.* 16. §. 15. verba *l.* 33. *cit.* corrigenda, et pro *innocentiam excuſantem* legendum eſſe *abſentiam excuſantem* exiſtimauit, vt non *cauſſa principalis* per alium peragatur, ſed tantum abſens a contumacia pur-

Praeterea defenſio a quocunque tantum in illis fiebat delictis, in quibus abſens condemnari poterat. Regulariter enim abſens damnari non poterat.

Dubia remouentur.

purgetur, ne bona, anno præterlapſo, in fiſcum caderent. Sicuti vero iam ſupra obſeruaui, *humanitatis ratione* cauſſam principalem per alium peragi potuiſſe, ita nihil in textu immutandum eſſe, tandem ipſe agnouit CVIACIVS *Lib. XX. c.* 20. præſertim cum BASILICA *L.* 8. *tit.* 2. *p.* 416. *iuxta edit.* FABROTTI eandem lectionem ſeruent. Alia ergo incedendum eſt via, admittendumque, quædam delicta capitalia fuiſſe, in quibus etiam abſens damnari potuit, ad minimum ad hunc effectum, vt bona abſentis fiſco addicerentur, quippe quod pœnæ capitalis conſequens ordinarium erat. Huc referendum crimen *de ſicariis* lege Cornelia vindicatum, qua etiam ſimul cautum eſt, ne ſpadones fierent, alioquin illi, qui hoc crimine arguebantur, huius legis pœna tenebantur, eorumque bona fiſco vindicabantur, *l.* 4. §. 2. *ad L. Corn. de Sicariis*, quia huius legis pœna vel *deportatio* vel *vltimum ſupplicium* erat. *l.* 3. §. 5. *eod.* De abſentibus vero ita diſponitur in *cit. l.* 4. §. 2. *qui hoc crimine teneantur, ſi non adſuerint, de abſentibus quoque, tanquam lege Cornelia teneantur, pronunciandum eſſe.* Nec dubitandum eſt, in crimine perduellionis etiam abſentem damnari potuiſſe, cum et accuſatio contra iam defunctum moueri potuerit, adeo vt niſi ab heredibus hoc crimine purgatus fuerit, hereditas fiſco vindicaretur. *l.* 11. *pr. ad L. Iul. Maieſt.* Praterea in apparitores abſentes propter admiſſam perfidiam animaduertendum eſſe, docent Imperatores in *l.* 21. *C. de pœn. Ne diu apparitorum praua admodum venaliſque perfidia impune in publica commoda deſæuiat, cenſemus etiam in abſentes eos pro competenti vltione debere conſurgi.* Apparitorum ſcilicet prauam admodum venalemque perfidiam hoc *ſpeciale ius* extorſiſſe, recte iudicat GOTHOFREDVS *ad l.* 14. *C. Theod. de pœn.* quod *abſentes ſibi iuris communis* aucto-

in quibuſdam delictis capitalibus abſens damnari poterat,

vt in crimine ſicariorum,

perduellionis,

perfidiam apparitorum.

auctoritate et abſentia quæſita blandirentur, defugere ſe poſſe ſperantes pœnas commeritas. Olim ſub republica libera ſeueriores vigebant leges, admittentes, etiam abſentem damnari poſſe, adeo vt ſolemne eſſet, abſentiam pro *iuſto* reputare *exſilio*, quo ipſo bonorum ſuorum iacturam faciebant, vt plenius obſeruat ANNAEVS ROBERTVS *L. 1. rerum iudic. c. 10.* Notanter CICERO *pro Cæcina c. 34.* ait: *Exſilium non ſupplicium eſt, ſed perfugium portusque ſupplicii; nam qui volunt pœnam aliquam ſubterfugere, aut calamitatem, eo ſolum vertunt, h. e. ſedem ac locum mutant: itaque nulla in lege noſtra reperietur, vt apud ceteras ciuitates, maleficium vllum exſilio eſſe multatum; ſed cum homines vincula, neces, ignominiasque vitant, quæ ſunt legibus conſtituta, confugiunt, quaſi ad aram, in exſilium. Qui ſi in ciuitate legis vim ſubire vellent, non prius ciuitatem quam vitam amitterent: quia nolunt; non adimitur iis ciuitas, ſed ab iis relinquitur atque deponitur.* Reo in exſilium profecto, cauſſa nihilominus peragebatur, et ſententia ferebatur, ipſe tamen reus, quod ad corpus attinet, aut ad præſentem ignominiam, ſibi per exſilium cauerat. PITISCVS *in lexic. antiq. Rom. voce exſilium.* Mitigata tamen poſtea eſt hæc ſeueritas, cautumque, *abſentem* regulariter damnari non poſſe, prout antea dictum, exceptis quibuſdam delictis, iam antea enarratis. Proinde multum referebat, vtrum quis pro abſente, an præſente, patrocinium ſuum innocentiæ offerret? hoc caſu, quia *præſens* ſemper damnari poterat, quilibet admittebatur in cuiuſcunque delicti genere, qui eum a ſupplicio imminente liberare ſtudebat; *l. 6. de appellat.* illo vero caſu defenſio extranei non aliter recipiebatur, quam ſi *abſens* condemnari poſſet.

Olim abſentes indiſtincte damnari poterant.

Quandoque in non-capitalibus abſens damnabatur, veluti ſi relegatio abſenti imminebat,

§. XVII. De *non capitalibus* idem aſſerendum eſſe, nullam habet dubitationem, vtpote in quibus facilius abſens condemnari, et pœna exſecutioni dari poteſt. Quid enim ſi *relegatio* abſenti immineat? ait VLPIANVS *in l. 5. pr. de pœnis, vſque ad relegationem procedi poſſe*, neque tamen in tali cauſſa procuratorem admittendum eſſe, idem VLPIANVS teſtatur in *l. 1. an per alium cauſ. appell. reddi poſſ.* inquiens: *Sed et ſi ea cauſſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna* VSQVE AD RELEGATIONEM, *non oportet per alium* (procuratorem ſcilicet) *cauſſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere, ſciendum eſt.* De *præſente* primario hæc verba intelligenda eſſe, immo relegationem includi, non vero excludi, totus contextus indicat, quia *pecuniariam cauſſam* in ſequentibus dumtaxat excipit. Quid ergo dicendum, ſi reus eius delicti, quod *relegatione* plectendum, abſens fuerit? Equidem *procuratorem* eius nomine comparere non poſſe, modo dictum eſt, quia tamen abſens damnari poteſt, iuxta *l. 5. de pœn.* quilibet, non tamen vt *procurator*, audiendus eſt, qui eius innocentiam oſtendere deſiderat, iuxta *l. 33. §. 2. de procurat.* ex qua defenſione nullum ipſi imminet periculum, nec diſcrimen exſecutionis ſubit; quia non vt *procurator* interuenit, ſed, quod ſæpe dictum, *cauſſam publicam* et *communem* agit, quod publice interſit, innocentes a quibuſcunque defendi. Hiſce perſpectis facile apparet, quam ieiune ANDR. FACHIN. *Lib. I. Controu. c. 26.* verſatus fuerit, qui, hac diſtinctione non obſeruata, ſeſe ex difficultatibus motis extricare non potuit, quia temere exiſtimauit, defenſorem extraneum non alio iure quam *procuratorio* interuenire poſſe, quod tamen ſæpe reiectum eſt.

et ſic a quocunque non tamen tanquam a procuratore defendebatur.

§. XVIII.

Digitized by

§. XVIII. Praeterea quoque (I) in abſentes pœnas *pecuniarias* vel *eas, quae exiſtimationem contingunt*, ſtatui poſſe, VLPIANVS *in l. 5. de pœn.* aſſerit. Atque in his demum cauſſis IDEM *in l. 1. an per al. cauſ. app. procuratores* admittit, his verbis: *plane ſi pecuniaria cauſſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, poteſt et per procuratorem hoc agi;* Quorſum etiam collineat *l. 6. §. 2. de his qui not. inf.* Nam quia *cauſſae pecuniariae* ita erant comparatae, vt in procuratorem condemnatum aeque, ac in ciuilibus cauſſis, exſecutio fieri poſſet, parum referebat, vtrum reus ipſe compareret, an vero procurator *dominium litis* occuparet. Qua de cauſſa etiam praeſentes rei ne quidem auditorio adeſſe debebant, ſed per procuratorem litem conteſtari poterant, et hac ipſa litis conteſtatione dominium litis in eos transferebatur. *l. 4. in fin. de appell. l. 11. pr. de except. doli mali. l. 22. et 23. C. de procurat.* Atque haec ratio quoque poſtulauit, vt in aliis criminibus, quae procuratorem non admittebant, ad minimum reus ipſe reſpondere cogeretur: quo facto demum poſtea quilibet pro *abſente* audiendus erat, innocentiam eius oſtenſurus; qua defenſione ſuſcepta, non dominium huius cauſſae occupabat, (quod nec poterat, nec ipſemet intendebat,) ſed eam vt *communem* ſuſcipiebat, et ſic non *iure procuratoris* agebat. Illuſtrat hanc meditationem *l. 3. C. vbi ſenator. vel Clariſſ.* vbi fit mentio *criminis publici, priuatiue, cui tamen non per procuratorem reſpondere liceat.* Ergo inde colligendum, dari etiam crimen publicum, cui per *procuratorem* reſpondere licet, ſeu litem conteſtari, ſi *pœna* tantum *pecuniaria* coercendum eſt. Neque vero obſtat, quod in defectu *pœnae pecuniariae* pœna *relegationis* ſimilisue dictari queat, iuxta vulgatum illud: *Qui non habet in aere, luat in corpore, l. 7. §. 3. de iuriſd.* quam ob rationem multos in contrarium iuiſſe,

I) In cauſſis pecuniariis procurator interuenire poterat.

Licet in defectu pecuniae in corpore plecti queat,

iuiſſe, teſtis eſt FARINAC. *qu. 99. n. 78.* Etenim ſi procurator admittitur, periculum litis de iure ciuili in eum transfertur, qui nec aliter quam ſub *cautione* admitti poteſt, adeoque haud metuendum, vt *in ſubſidium* corpore luere debeat reus. Aliud forſan dicendum, quando nondum liquet, vtrum *pœna pecuniaria*, an vero grauiori, delictum expiandum ſit, quod circumſtantiæ forſan adhuc admodum abſconditæ ac inuolutæ ſint; vel etiam ſi pœna relegationis vel grauior delicto impoſita, quamuis hæc *pecuniaria pœna* redimi queat. Sicuti enim poſterius ad *ius ciuile* non abſolute pertinet, ita in priori caſu in dubio procurator excludendus fuit, quippe in quem dominium cauſſæ rebus ſic ſtantibus transferri non potuit, quia ſufficit, quod reo pœna *relegationis* grauiorue, in pecuniariam mutari neſcia, infligi queat.

non vero, ſi incertum eſt, an pœna pecuniaria locum habitura ſit.

II) Si patronus contra libertum vt ingratum agit.

§. XIX. Præterea (II) quoque excipitur caſus, ſi patronus libertum vt *ingratum* accuſare velit, quo caſu libertus per *procuratorem* reſpondere non prohibetur, iuxta *l. 35. §. 1. de procur. & l. 4. de obſequ. parent. & patron. præſt.* quod etiam confirmat PAVLVS *L. V. Sentent. tit. 16. §. 11.* Ratio ſine dubio hæc erat, quod in effectu de *cauſſa ſtatus* ageretur, quæ hoc reſpectu *ciuilis* erat, et *litis æſtimationem*, ſi aufugerit libertus, admittebat, quam etiam procurator præſtare poterat. Quamuis vero in pœnam *ingratitudinis* libertus in ſeruitutem reuocaretur, quæ *mortem ciuilem* inferebat, ſuo modo tamen hæc cauſſa *mixta* erat, et magis eo nomine *ciuiliter*, quam *criminaliter*, actum fuiſſe videretur, quod lis hæc *pecunia* æſtimari poſſet. Addit (III) PAVLVS *cit. l.* etiam hanc limitationem, ſi *rei abſentia defendatur*, quod intelligendum, ſi ab initio accuſationis mouendæ aufugerit, et, bonis eius adnotatis atque

III) Si tantum abſentia rei defenditur.

atque obſignatis, *edictaliter* citatus ſit, quæ defenſio huc vnice pertinet, non vt *innocentia* abſentis oſtendatur, ſed vt *contumacia* eius purgetur, ne poſt annum bona fiſco in pœnam contumaciæ addicantur, *l. 13. §. 1. de publ. iud.* Hoc caſu itaque procurator *cauſſam principalem*, ſeu merita cauſſæ, non agit, ſed tantum *punctum incidentem* pertractat, id quod etiam ad alias *cauſſas incidentes* extendi poteſt, vtpote ſi procurator dumtaxat de liberando incarcerato interuenit. *conf.* FARINAC. *qu. 99. n. 171.* (IV) Speciatim exceptæ erant perſonæ illuſtres, quando in cauſſis *iniuriarum* criminaliter agebant, vel contra eos agebatur, *l. vlt. C. de iniuriis §. 10. I. de iniur.* adeoque etiam litis conteſtatio per procuratores fieri potuit, vt tamen accuſatores in crimen inſcribant, rei vero condemnati periculum pœnæ tantum ſubeant, quod indicium præbet, ne quidem procuratores hoc caſu *cautionem* præſtare debuiſſe. Neque vero hoc ad alia crimina extendendum eſt, cum ius ſingulare in *l. vlt.* contineatur, quod non producendum eſt ad conſequentias. His (V) adiunctos ſuo modo fuiſſe clericos, liquet ex MARCIANI conſtitutione, relata in *l. 25. C. de epiſcop.* ex cuius principio liquet, agi ibidem de *clericis*, ſiue *ciuilibus* ſiue *criminalibus negotiis* innectantur; additur vero in §. 1. quod vel ipſi vel *procuratores* eorum comparere poſſint, quod dignitati clericali datum eſt, ſed quod mirandum *iure Canonico* haud agnitum eſt, quippe quo generatim cautum, *in foro eccleſiaſtico accuſatores et accuſatos* præſentes eſſe debere. (VI) Olim quoque excepti erant *Caſtrenſiani* et *Miniſteriani*, qui ſacro miniſterio deputati erant, et ſacri palatii miniſteria obibant, vid. GOTHOFREDVS *in Cod. Theod. tit. de Caſtrenſianis.* His hoc datum eſt priuilegium, vt *ſiue in cauſſis ciuilibus appetantur, ſiue in* cri-

IV) Si inter illuſtres criminaliter iniuriarum agitur.

V) Si contra clericos agitur.

VI) Si caſtrenſiani et miniſteriani conueniebantur.

Digitized by Google

criminalibus accuſentur, per *ſe ipſos*, vel per *procuratorem* ca-
tum in iudicio reſpondere poſſint, *iuxta l. vlt. pr. C. de ca-*
ſtrenſ. et miniſtor. His addi debent (VII) *vniuerſitates*, quæ
tales, de crimine aliquo accuſatæ, quæ etiam per *Syndicum* in
cauſſis criminalibus admittebantur, ex ſtatu peculiari, quem
præ ſe ferebant, cum regulariter vniuerſitates per ſe compare-
re non poſſent, ſi per viam ordinarii proceſſus, quorſum etiam
accuſatorius referendus, agebatur. Et ſic etiam *numerum mi-*
litum, in *corpore* conſiderati et accuſati, per *ſyndicum* compa-
rebant, *l.18. §.2. C. de re milit.* vbi additur hæc ratio: *prout con-*
ſuetudo depoſcit, legibusque cautum eſt.

VII) Si vniuerſitates accuſentur.

§. XX. Multum vero intererat, vtrum per *procuratorem*
accuſare, vel ſe defendere liceret, an vero pro abſente *ex offi-*
cio communi verba quis faceret, eumque a crimine imputato
purgare niteretur. Poſterius enim tantum poſt *litem conteſta-*
tam, vel in inſtantia *appellationis*, permittebatur: prius etiam
ſtatim ab initio motæ accuſationis, adeo vt per procuratorem
accuſatus etiam reſpondere et litem conteſtari potuerit. Por-
ro prius tantum locum habebat contra *præſentem* indiſtincte,
contra *abſentem* vero in delictis grauioribus, in quibus damna-
ri poterat; poſterius vero tantum in criminibus pecuniariis,
aliisque exceptis caſibus iam antea relatis. Primaria denique
differentia in eo collocanda eſt, quod qui *ex officio communi* ab-
ſentem defendit, ad cautionem haud obſtrictus ſit, quia non
vt *procurator* ſe cauſſæ offert, immo ne quidem iudicato, pœ-
nam criminalem tangenti, ſe ſubmittere poteſt, ſed potius *iu-*
re ſuo, vt quilibet ex populo, defenſionem ſuſcipit. Singulo-
rum vtique intereſt, ne *innocentia* opprimatur, adeoque ſi vel
maxime in defenſione extraneus ſuccumbit, eam vnice iactu-
ram

Procuratores etiam litem conteſtabantur, non qui ex communi officio defendebant.

Qui ex officio communi defendit, non cauet, quod facere debet procurator.

ram ſentit, quod fruſtra operam ſuam pro defendendo reo impenderit. Aſt qui vt *procurator* ab initio cauſſam criminalem ſuſcipit, reumque defendit, *peculiari* et *ſtrictiori* in ſenſu *defenſor* dicitur, de quo vetus regula iuris eſt: *quod nemo alienæ rei idoneus defenſor ſine ſatiſdatione iudicatum ſolui intelligatur.* *§. 5. I. de ſatiſdat.* Vnde is, qui alterius defenſionem hoc ſenſu ſuſcipit, etſi locupletiſſimus, immo conſularis, non videtur defendere, niſi ſatiſdare fuerit paratus, quia *defendere hoc loco eſt, eandem vicem quam reus ſubire,* et ſic defenſor in id condemnatur, in quod principalis, ſi præſens foret liti, condemnandus fuiſſet, *l. 51. §. 1. l. 52. et 53. de procurat.* Illuſtrat id ipſum *l. 35. §. 3. eod.* vbi VLPIANVS ita: *defendere autem eſt, id facere, quod dominus in litem faceret, et cauere idonee: nec debebit durior conditio procuratoris fieri, quam eſt domini, præterquam in ſatiſdando conf. l. vn. C. de ſatiſd.* Equidem ſi criminaliter ad *pœnam pecuniariam* agitur, vel etiam ſi de ſtatu perſonæ, in quo caſu lis pecunia æſtimari poteſt, cautio merito præſtanda eſt, cum, ſi vel maxime pro reuocatione in ſeruitutem pronuncietur, cauſſa *litis æſtimationem* recipiat, quam procurator præſtare poteſt. Merito tamen dubito, vtrum hoc etiam ad ceteros caſus exceptos applicari queat? Certe de illuſtribus perſonis in *l. vlt. C. de iniur.* diſerte cautum eſt, pœnam tantum in ipſos, non in eorum *procuratores*, exſecutioni dandam, quod ſimiliter quoque de *clericis, caſtrenſianis* et *vniuerſitatibus* dicendum, ſi pœna grauior pecuniaria immineat, vtpote cuius nomine ne quidem cautio præſtari poteſt. In his ergo priuilegiatis caſibus procurator quidem admiſſus eſt, ſed citra *cautionem*, quippe quæ tantum *iudicati* nomine exigebatur, adeoque in *l. 25. §. 1. C. de epiſcopis et clericis* cautio quæ-

Digitized by Google

dam ipſis clericis, ſiue *per ſe*, ſiue per *procuratores*, comparuerint, impoſita eſt.

Compendium totius doctrinæ, hactenus expoſitæ.

§. XXI. Ita in hac materia admodum turbata cohæret ſtructura *Iuris Romani*, quam in *compendio* vel ideo referre lubet, vt ſtatim vno intuitu eius connexio haberi queat. Videlicet regulariter iuxta §. IV. non admittebatur procurator in cauſſis criminalibus, tum a parte *accuſatoris*, quod ipſe in crimen ſubſcribere teneretur; tum a parte *rei*, quod pœna alias procuratori dictanda fuiſſet, ſi litis dominus factus fuiſſet, id quod iuxta §. VI. *et* VII. ſecundum principia Iuris Romani neceſſum erat. Eadem ratio oſtendebat, non eſſe iuxta §. VIII. differentiam conſtituendam inter crimina *capitalia* et *non capitalia*: inter *abſentes* et *præſentes*: inter *carceratos* et *non carceratos*, immo nec inter *coniunctos* et *extraneos* iuxta §. IX. *Accuſatorem* quod concernit, ille prorſus per procuratorem iuxta §. X. accuſare non poterat, adeo vt *tutor*, ex officio tutelæ agens, *proprio nomine* inſcribere teneretur, et ſic nihil mutandum ſit in *l. 2. C. de his qui accuſ. non poſſ.* Pariter nec pro *reis* regulariter interuenire poterant procuratores; quamuis quandoque alii ad defenſionem accuſati admitterentur, vel ob *intereſſe proprium*, veluti ſi dominus ſeruum defendat iuxta §. IX. vel ob *intereſſe commune* et *publicum*, quo intuitu iuxta §. XI. quilibet pro abſente, vel qui præſens ad mortem iam damnatus eſt, verba facere poteſt, non *iure procuratoris*, quia alias cautionem præſtare deberet, ſed ex ratione *communis officii*, quod ſingulis incumbebat. Vnde et defenſio obtrudi poterat iuxta §. XII. inuito et perire feſtinanti, et quamuis in *l. 3. C. de accuſat.* defenſio *per procuratorem* admiſſa ſit, oſtenſum tamen §. XIII. *procuratorum* appellationem eſſe ambiguam, nec ibi procuratores ſtricte

dictos

dictos intelligi poſſe. Ceterum defenſio hæc demum poterat fieri (*a*) poſt *litem conteſtatam*, non ſi tantum inter *reos recepti*, per §. XV. nec etiam ſi *adnotati*, qui requirendi erant per §. XIV. (*β*) non in omnibus delictis hæc defenſio neceſſaria, ſed in illis tantummodo, *in quibus abſens damnari poterat*, quod olim quidem in quibuslibet criminibus fieri poterat; non iure nouiori et humaniori, quod ſub imperatoribus conditum eſt, per §. XVI. quin et in *non capitalibus*, ſi relegatio imminebat, quilibet defendere poterat, iuxta §. XVII. quod interim tamen per *procuratores* non agebatur. Excepta tamen quædam erant crimina, in quibus verus *procurator* ſtatim ab initio interuenire, litemque nomine rei conteſtari poterat, *per* §. XVIII. *et* XIX. et quidem vel ex *cauſſa communi*, quod dominium litis in hunc transferri poſſet, vt in *pœnis pecuniariis*, vel ex *cauſſis propriis* in quibuſdam caſibus §. XIX. adductis. Denique addi debuit diſcrimen inter *defenſionem*, quæ ex *communi pietatis officio* ſuſcipitur, et quæ per *procuratorem*, qua talem, peragitur; quod hic cautionem iudicatum ſolui præſtare, et periculum condemnationis ſubire debeat, non item ille, per §. XX.

§. XXII. Tranſitum facio ad *iuris canonici* antiqui diſpoſitionem, quæ cum iuris Romani placitis in pleriſque conſpirat. *Ius canonicum cum iure ciuili in principiis conuenit;* Reguſtauit enim, quamuis ſine ſolida ratione, principium iuris ciuilis, procuratorem fieri *litis dominum* per litis conteſtationem, vt expreſſe dicitur in *c. 1. et 6. de procurat. in 6. c. 13. et 14. X. eod. c. 33. de reſcript.* Præterea quoque in altero principio, quod accuſator in crimen inſcribere debeat, Pontifices ius Romanum ſecuti ſunt, tam iure canonico veteri, quam nouo. Generaliter aſſerit HADRIANVS in *c. 3. C. 2. qu. 3. qui non probauerit, quod obiicit, pœnam, quam intulerit, ipſe patia-*

 tur.

tur. EVTYCHIANVS vero in *c. 5. C. 3. qu. 8.* expreſſius dogmatizatur, iuris Romani repetit: *quiſquis ille eſt, qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inſcriptionis arripiat, cuſtodiæ ſimilitudinem patiatur; nec impunitam fore ſibi nouerit licentiam mentiendi, cum calumniantes ad vindictam poſcat ſimilitudo ſupplicii.* Ex vtroque principio collegit STEPHANVS Papa *in c. 5. C. 2. qu. 8. nullum abſentem aut accuſari poſſe aut accuſare.* Idem firmat DAMASVS Papa in *c. 8. C. 3. qu. 9. qui accuſare alium elegerit, præſens per ſe, et non per alium accuſet: inſcriptione videlicet præmiſſa.* IDEM in *c. 2. C. 4. qu. 4.* hoc

adeoque etiam accuſator inſcribere debet.

rurſus repetit, et ad ſæculi leges ſimul prouocat. Eadem ſententia propagata eſt iure nouo Decretalium, vt docet INNOCENTIVS III. in *c. 5. X. de procurat.* vbi agit de caſu, ſi vir accuſat vxorem de crimine adulterii coram iudice ſæculari, *tunc* enim, ait, *inſcriptionis vinculum debet arripere, ſeque ad pœnam talionis adſtringere: non per procuratorem, ſed per ſe ipſum præſentem oportet præſentialiter accuſare.* Quodſi coram iudice eccleſiaſtico de adulterio mulier accuſatur, *ad diuortium* agitur, et ſic magis *ciuiliter.* Vnde colligit Pontifex *c. l. ſuſtineri poſſe, ſi neceſſitas id poſtulauerit, vt per procuratorem accuſet, quoniam huiuſmodi accuſatio, etſi de crimine fiat, non tamen eſt criminalis, ſed quaſi mixta inter ciuilem et criminalem, quamquam in præſentia principalium perſonarum ſecurius procedatur.* Id quod manifeſtum reddit, etiam in foris eccleſiaſticis hoc principium ſtricte retentum fuiſſe. Euidentius hoc docet INNOCENTIVS III. in *c. 16. X. de accuſat.* vbi præmittit, tribus modis crimen

Quod declaratur.

opponi poſſe, *denunciando, excipiendo* et *accuſando. Quando crimen in modum denunciationis opponitur, non eſt inſcriptio neceſſaria,* quia hoc modo per viam inquiſitionis et ſic magis *ex officio*

officio proceditur. *Sed cum in modum accuſationis, oportet inſcribi; quoniam ad depoſitionem inſtituitur accuſatio, ſed ad correctionem eſt denunciatio facienda.* Denique *cum excipiendo fuerit crimen obiectum*, diſtinguit pontifex, quam ob cauſſam exceptio criminis fiat. Si obiicitur crimen, *vt ab accuſatione vel teſtificatione aliquis repellatur, non eſt inſcribi neceſſe*, quia hoc modo non ad pœnam, verum ciuiliter agitur. *Sed cum opponitur, vt quis a promotione officii vel beneficii excludatur*, diſtinguit rurſus pontifex, vtrum ante an poſt *confirmationem* obiiciatur. Priori caſu non cogitur quiſquam inſcribere, *quia crimen hoc modo probatum impedit promouendum, ſed non deiicit iam promotum*, hoc eſt, non operatur, vt is, cui crimen obiectum eſt, proprie loquendo puniatur, adeoque pœna talionis locum habere nequit. Poſteriori caſu, *cum ſcilicet ordinandus fuerit aliquis, aut conſecrandus, quia etiam ab obtinendo repellit, et deiicit ab obtento*, et ita re vera pœnam ſubit, *ad extraordinariam pœnam, ſecundum arbitrium iudicis diſcreti, citra vinculum inſcriptionis eſt excipiens adſtringendus, ſi defecerit in probando*, quia etiam is, cui crimen obiectum, eo probato, perdidiſſet, quod ei per electionem et confirmationem fuerat acquiſitum.

§. XXIII. Ex his fundamentis, a iure ciuili mutuatis, non poterant non eædem concluſiones naſci, quæ antea ex jure Romano allatæ ſunt, quamuis paullo plenius illæ excutiendæ fuerint, poſtquam vias criminaliter procedendi ius canonicum dilatauerit. Videlicet a parte actoris (α) quando de crimine *ciuiliter* agitur, procurator admitti poteſt, ceu §. *antec.* ex *c.* 5. *X. de procurat.* oſtendimus. (β) Si per viam *inquiſitionis* agitur, deficit accuſator, et ſic fruſtra de procuratore eius

Vnde nec procurator a parte accuſatoris admittitur,

eius quæritur; quin etiam ſi vel maxime crimen denunciatum ſit, denunciator non impeditur, per procuratorem crimen deferre, quia non accuſat, nec in crimen inſcribit *per c. 16. de accuſat.* (γ) Quando per viam *exceptionis* crimen obiicitur, itidem vinculum inſcriptionis ceſſare antea dictum eſt, vnde in *cit. c. 16. in fin.* pontifex infert: *licet agatur de crimine, non eſt tamen huiuſmodi quæſtio criminalis, vnde per procuratorem poteſt rite tractari.* Ideo autem hæc quæſtio *criminalis* eſſe negatur, quod primario et principaliter ad pœnam non tendat exceptio. Denique (δ) ſi per viam *accuſationis* proceditur, procurator ob *vinculum inſcriptionis* admitti nequit, cum ne quidem accuſator poſt inſcriptionem ab accuſando deſiſtere potuerit, ſed tantum ante inſcriptionem citra pœnam. Pariter nec reus per *procuratorem* ſe defendere poteſt in cauſſis criminalibus, ſi vel maxime abſens ſit, quia et iure canonico cautum eſt, abſentem non eſſe condemnandum, *c.* 1. 2. 3. C. 3. *qu.* 9. *quoniam abſentem nullus addicit, nec vlla lex damnat*, vt dicitur in *c.* 4. *eod.* Vnde rurſus PSEVDO-FELIX *c.* 11. *eod. abſente aduerſario non audiatur accuſator, nec ſententia, abſente alia parte, a iudice dicta vllam obtineat firmitatem*, quorſum etiam collineant *c.* 12. *et* 13. *eod.* quæ omnia cum ſcitis iuris Romani conueniunt. Prouocat quoque NICOLAVS Papa in *c.* 21. *eod.* hac in re ad ſcripturam ſacram, et, *neceſſe eſt*, ait, *ſecundum ſacrarum ſcripturarum documenta, ac ſecundum iuſtitiæ tramitem, et accuſatum et accuſatorem ſimul adeſſe.* Nec ſcena mutata eſt in iure decretalium, quod prodit INNOCENTIVS III. *in c.* 15. *de accuſat.* atque, procuratores reorum in cauſſa criminali haud recipiendos eſſe, aſſerit, exceptione tamen ſubiecta, quam etiam ius ciuile admittit, ſi procuratores illos a contumacia aliquatenus excuſare velint.

nec a parte rei.

§. XXIV.

§. XXIV. Tandem progredior ad *iuris hodierni* principia, oſtenſurus, an et quatenus hodie procuratores admitti queant, tum a parte *accuſatoris*, tum a parte *rei*. Equidem quod ACCVSATOREM concernit, rarius hodie hæc quæſtio mouetur, quoniam vtplurimum per viam *inquiſitionis ex officio* proceditur, et quamuis in nonnullis locis Aduocato fiſci committi ſoleat, vt *accuſatoris* vicem ſuſtineat; inſpecta tamen rei veritate proceſſus magis *inquiſitorius*, quam *accuſatorius* eſt, cum etiam hic ex officio, ſpeciali inquiſitione decreta, conſtituatur. Interim tamen adhuc permiſſum eſt, hodie de crimine aliquem accuſare, adeo vt *conſtitutio criminalis Carolina* primario circa *accuſatorium* proceſſum occupata ſit. Interim vinculum inſcriptionis haud recepit, ſed loco eius accuſatori cautionem de iniuria et expenſis impoſuit in *art.* 12. adeo vt tamdiu carceri mancipandus ſit, donec *idonea cautio* præſtita fuerit. Inde hodie facilius a parte accuſatoris *procurator* recipi potuit, cum ratio, ob quam ius ciuile eum excluſit, hodie prorſus ceſſet, et hoc intuitu CAROLVS V. *in cit. art.* 12. diſerte ait: So bald der Angeklagte zur Gefängniß angenommen iſt, ſoll der Ankläger oder ſein Gewalthaber mit ſeinem Leib verwahret werden, biß er mit Bürgen, Caution, Beſtand und Sicherung gethan hat. Ex his verbis liquet, primario quidem *accuſatorem* ad hanc cautionem præſtandam adſtringi, vti etiam *art.* 13. *et* 14. oſtendunt, qua præſtita procuratori eius nullum imminet periculum, ſi vel maxime reus abſolutus fuerit: interim tamen, accuſatore in præſtanda cautione deficiente, etiam procurator eius, ſi deſiſtere nolit, ſed præciſe admitti deſideret, per *carceres* ad hanc cautionem adigi poteſt, prout verba antea adducta indigitant, non quod *dominus litis*

Vſus iuris hodierni.

Hodie accuſator non inſcribit in crimen, ſed cauet,

et ideo per procuratorem accuſat.

fiat, ſed quod ſine *cautione* accuſatio nullatenus recipienda ſit, adeoque vel *accuſator*, vel eo deficiente ipſe *procurator*, ad eam præſtandam adigi poſſit. Equidem B. STRYKIVS *in V. M. ad tit. de procurat.* §. 4. rationem hodiernæ praxeos inde non petendam eſſe exiſtimat, quod vinculum inſcriptionis exulet, ſed adhuc obſtare rationem primariam et genuinam, quod perſecutio delictorum publica non ſit in arbitrio accuſatoris, priuatæ autem actionis tantum procurator detur. Vt hanc rationem dubitandi remoueat, id potiſſimum conſiderandum eſſe ait, *quod hodie ſit laxior poteſtas dandi procuratorem.* Equidem id non nego, ſed tamen rurſus deſidero fundamentum huius *laxioris poteſtatis*, quo non manifeſtato vel indicato, ipſa aſſertio adhuc valde lubrica et dubia manet. Videlicet ideo *laxior* hodie *poteſtas* eſt dandi procuratorem, quod hodie in procuratores non transferendum ſit *dominium litis.* Hoc iure Romano neceſſarium erat, atque operabatur, vt in illis cauſſis tantum procurator admitti poſſet, quarum dominium in alterum transferre liceret. Id vero tantum integrum erat in *cauſſis priuatis*, non *publicis*, ſeu *criminalibus*, quæ ratio tamen hodie ceſſat, quia, vt §. 1. obſeruatum eſt, hodie procuratores non *domini litis* ſunt, ſed *nudi adminiſtratores cauſſæ alienæ*, vt plenius euictum eſt in præcedente exercitatione de dominio litis cap. III. Equidem B. STRYKIVS *c. l.* §. 38. adſtruit, etiam adhuc hodie procuratores fieri *dominos litis*, quod eo magis mirandum eſt, cum *in* §. 4. conceſſerat, hodie *laxiorem poteſtatem* dandi procuratores eſſe; poſita enim priori theſi, admitti nequit poſterior, quia ſi procurator adhuc *dominus litis* conſtituitur, per rerum naturam fieri nequit, vt accuſator

Quod contra dubia firmatur,

qui non ſit dominus litis.

tor eum conſtituat, cum cauſſæ criminalis dominium, quod nec accuſator habet, in eum transferre non poſſit.

§. XXV. Equidem prælaudatus ICtus *c. l.* §. 5. excipit caſum, ſi accuſatori in caſum *ſuccumbentiæ* immineat corporalis pœna; tunc enim non eſſe locum procuratori cenſet, quod eluſorium redderetur iudicium, ſi, ſubſtituto procuratore, diſcederet accuſator. *Tali caſu enim*, ait, *omnino petere poterit accuſatus, præſertim grauioribus indiciis nondum grauatus, vt carceri mancipetur accuſator, ne fuga ſibi conſulat, et hac ratione occaſionem vindicandi iniuriam auferat accuſato.* Equidem conſilium hoc, quod in verbis allatis prodidit, omnino probandum, et *articulo* 12. *conſt. crim. Carol.* conueniens eſt, quia ne quidem *cautio* in tali ſpeciali caſu locum habere poteſt, quæ re vera iudicatum futurum concernit, adeoque accuſator hoc caſu *ſimpliciter* carceribus mancipandum eſt. Quid enim, ſi de atrociori crimine accuſatur perſona in dignitate conſtituta, cuius exiſtimationi, per *calumniam* læſæ, cautio pecuniaria non ſufficit, ſed vbi accuſatori in caſu calumniæ animaduerſio corpocorporalis immihet? quale exemplum B. STRYKIVS affert. Licet vero concedam, hoc caſu accuſatorem carceri mancipandum eſſe, et omni *cautionis* præſidio deſtitui; non tamen inde neceſſario ſequitur, vt, poſtquam carceri mancipatus eſt, accuſationem per procuratorem expedire non poſſit. Neque enim carcer impedit, quo minus procurator a parte incarcerati audiri queat, vtpote qui tantum pro *cautione* eſt; immo ſi dicendum, quod res eſt, detentio in carcere facit, vt accuſator non adeo commode accuſationem peragere poſſit, adeoque tunc eo magis ipſi integrum eſſe debeat, opera procuratoris vicaria vti. Qualecunque ergo delictum in iudicium

Si grauior imminet pœna accuſatori ob calumniam, incarcerandus eſt,

ſine cautione,

vt tamen itidem admittendus ſit procurator.

um deducatur, accuſator per *procuratorem* comparere poteſt, modo vel *cautionem* idoneam dederit, vel carceri mancipatus ſit accuſator.

A parte rei ius ciuile ſolet pro regula conſtitui.

§. XXVI. REVM quod concernit, expeditum quidem eſt, vtplurimum etiam hodie ad *ius ciuile* et *canonicum* prouocari, regulamque conſtitui, *in cauſſis criminalibus rei abſentis procuratorem ad merita cauſſæ tractanda non admitti*, teſtibus CARPZOVIO *in prax. crim. Qu.* 105. *n.* 40. *ſeqq.* STRVVIO *exerc. VII. th.* 33. CLASENIO *ad art.* 12. *conſt. crim.* B. STRYKIO *in V. M. tit. de procurat.* §. 8. *et ſeqq.* Equidem ſi rationes *iuris ciuilis* intueor, illæ a foris noſtris alieniſſimæ ſunt. Obſeruaui enim, ideo ne quidem in crimine, quod *relegatione* plectendum, procuratorem admitti, quod *vicem rei* ſubire non poſſit, nec *dominium* huius cauſſæ in eum transferri; erat enim ſententia in procuratorem ferenda, pariterque exſecutio quoque facienda, ſi reus aberat. Tale periculum vero hodie non ſubeunt procuratores: ſententia non neceſſario in eos ferenda, quin potius ipſe *principalis* condemnatur: huic tantummodo imminet pœna, ſicuti quoque in cauſſis ciuilibus hodie huic tantum *iudicatum* nocet, non procuratori, quod multo magis dicendum, ſi *procuratores ordinarii* ex *neceſſitate*, vt in ſummis tribunalibus, conſtituendi ſunt. Omni ergo *periculo*, et *litis dominio* intuitu procuratorum ceſſante, quid eſt, quod procurator hodie in *cauſſis criminalibus* non poſſit facilius, quam iure ciuili, admitti? Equidem plures adhuc alias rationes conglomerant interpretes, vt cauſſæ ſuæ, ob quam procuratores excludunt, præſidium aliquod afferant, eas tamen inidoneas eſſe, atque inſufficientes, §. 5. demonſtratum eſt. Accedit, quod, vbi per *viam accuſationis* procedi-

Contra quam dubia mouentur.

ditur,

ditur, in ſcriptis communiter agi ſoleat, adeo vt etiam in nonnullis locis ad libellum articulatum in ſcriptis reſpondeat reus, quid ergo impediret, quo minus per *procuratorem* cauſſæ ſuæ fundamenta in iudicium deduceret reus, ſeſeque contra iniquos accuſatoris tramites defenderet?

§. XXVII. Si ius antiquum Germaniæ intueor, eiusque proceſſum criminalem, deprehendo, *viua voce* certisque formulis criminalia iudicia fuiſſe peracta, adeoque vix aliter fieri potuit, quam vt *præſente reo*, et in propria perſona comparente, defenſio ſuſcepta fuerit. Quia tamen etiam hic proceſſus *formularius* erat, adhibitis aduocatis, quos Fürſprecher vocabant, momenta defenſionis proponebant, quamuis etiam ſine his ſuo periculo reſpondere potuerint. In *iure Saxonico prouinciali L. 1. art. 60.* hac de re ita cauetur: Ohne Vorſprechen mag ein Mann wohl klagen und antworten, ob er ſich des Schadens erwegen will, der ihm davon kommen mag: Als ob er ſich verſpräche, daß er ſich des nicht erholen darf, als er mit den Vorſprechern wohl thun mag, dieweil er nicht an ſein Wort gehet. In *articulo ſequente*, quinam Aduocatorum officio fungi queant, explicatur, atque generaliter additur: Wen ein Mann zum Vorſprechen nimmt, der mag ſein Wort wohl ſprechen um alle Klagen, die iederman auf ihn klaget. Re vera autem hac appellatione deſignatos fuiſſe Aduocatos, indigitat *art. 63. L. II.* vbi *Calpurniæ* ſeu *Carfaniæ* fit mentio, de qua vid. *l. 1. de poſtul.* Quin etiam *Conſtit. Crim. Carol. art. 88. ſeqq.* antiquam praxin repetiit his verbis: Klägern und Antwortern, ſoll iedem Theil auf ſein Begehren ein Fürſprecher aus dem Gericht erlaubet werden, dieſelben ſollen bey ihren Eiden, die Gerechtigkeit und Warheit, auch die Ordnung dieſer unſer Satzung fördern, und

Iure Germanico antiquo criminalia viua voce, et ſic a præſente, peragebantur, Aduocatis tantum adhibitis,

quod ex iure Carolino illuſtratur.

durch keinerley Gefährlichkeit, mit Wiſſen und Willen, verhindern oder verkehren. Paullo poſt additur: Doch ſoll in der Kläger oder Antworter Willen ſtehen, ihren Redner aus den Schöffen oder ſonſt zu nehmen, oder ihnen ſelbſt zu reden. Welcher aber einen Redner auſſerhalb den geſchwornen Gerichts-Schöffen nimmt, derſelbe Redner ſoll zuvor dem Richter ſchweren, ſich mit ſolchen ſeinen Reden zu halten, wie oben in dieſem Articul der Fürſprechen halb, ſo aus den Schöffen genommen werden, geſetzet iſt. Vnde liquet, in his ſimilibusque locis non agi de *procuratoribus* abſentium, vti cenſet STEPHANI *ad art. 88.* ſed de *cauſſarum patronis*, qui *præſentibus partibus* cauſſas orabant. Quia ergo olim *viua voce* ſe defendere tenebantur, *præſentes* comparere debebant, quod etiam inde liquet, quod *cautio de ſe ſiſtendo* illis impoſita fuerit, quibus carcer remiſſus erat. In iure *prouinciali Sueuico art. 162. iuxta edit. Ioh. Frid. Schannatti P. I. collect. document.* mos antiquus his refertur verbis: Wer Pürgel wirt ains Manns vor Gericht in fur zepringen, und mag er ſein nit gehaben, als er in fur Gericht pringen ſoll, er ſoll dyſelb puß leiden, die iener ſoll gelitten haben, ob dy Schuld auf in erzeugt wirt, und iſt ſie nit auf in erzeugt, ſo puzzet auch nit, und iſt der Mann tod, den man überzeugen ſoll, ſo ſoll man nit mer zeugen über die Lajuten, wann als da er lebt. Es ſoll niemant Pürgel werden um den Todſlag, wirt er aber Pürgel, man todt in als jenen, das iſt alſo geſprochen, was der Mann tod do er Pürgel ward, den man da lobet fur zepringen, und mag er in nit furpringen, er ſtirbet fur in. Quodſi ſe non ſiſtebat reus, poterat iuſta impedimenta fideiuſſor allegare, et probare, quo a nexu ſe liberaret, *iuxta art. 7. L. 2. iur. Sax. Prov.* Wer aber Bürgen ſetzt fürzukommen, benimmt

Vnde cautionem de ſe ſiſtendo præſtare debebant, qui ex carcere dimittebantur.

nimmt es ihm die ehehafte Noth, daß er nicht vorkommen kan, die ehehafte Noth ſollen ſeine Bürgen beweiſen, oder benennen, oder darum ſchweren auf den Heiligen. Quodſi olim *procuratorem* dare potuiſſet, vel is, qui vocatur der Fürſprecher, procurator fuiſſet, potuiſſet is ipſe *nomine abſentis* comparere, et vices eius ſupplere integrum fuiſſet; ideo autem dandus erat fideiuſſor, vt in *propria perſona* ſe ſiſteret. Vnde in *gloſſ. ad art. 65. Lib. I. iur. Sax. prov.* notanter dicitur: Hie mercke, daß dis ſeltſam iſt, daß die Bürgſchaft leichter iſt in Sachen, da die Klage auf Leibes-Strafe gehet, als da ſie nur auf Geld gehet. Datis fideiuſſoribus liberabatur reus ex carcere, excepto caſu, ſi in facinore deprehenſus eſſet, *iuxta art. 66. Lib. I. iur. Sax. prov.* Wen man in handhafter That fähet, als er gefangen wird, ſoll man ihn nicht zum Bürgen geben, ſondern man ſoll ihn für Gericht bringen, und ſelbſt ſiebend ſoll ihn der Kläger der That überzeugen. Si non cauerat fideiuſſoribus, abſens citandus erat trina vice, *iuxta art. 67. Lib. I.* cuius effectus hic erat: Wer nicht vorkommt zu dem dritten Ding, in peinlichen Klagen, den ächtig man, quod rurſus de comparitione in *propria perſona* intelligendum. Atque hæc praxis etiam in *curiis Regni* obſeruata fuit, in quibus etiam Principes accuſati in *propria perſona* comparere tenebantur, vt docet ARNOLDVS LVBECENSIS *Lib. II. Chronic. Slauici cap. 16. et 24.* OTTO FRYSINGENSIS *L. II. c. 2.* GÜNTHERVS *in Ligurino Lib. I. verſ. 765. ſeqq.* adeo vt etiam Abbatiſſæ accuſatæ in *propria perſona* comparere coactæ, et, ſi non comparuerint, condemnatæ fuerint. *vid. Chronicon Montis Sereni ad ann. 1224.*

In iudiciis Weſtphalicis procuratores admiſſi.

§. XXVIII. Paullo aliter ſeſe res habuit in *iudiciis Weſtphalicis*, in quibus pleraque per *procuratores* geſta fuiſſe, obſer-

ſeruat THOMASIVS *diſſ. de vera origine, natura, progreſſu et interitu iudiciorum Weſtphal.* §. 43. quippe in quibus pleraque in *ſcriptis* peracta ſunt. Docet id formula procuratoria apud DATTIVM *Lib. IV. de pace imp. publ. c. 5. n. 3.* qua procurator ſuam perſonam legitimabat: ea perlecta petebat procurator, ſententia interlocutoria declarari, vtrum valida eſſet, vt IDEM *cit. l. n. 4.* docet. Nuper admodum SIMON FRID. HAHNIVS *tom. II. collect. monument. vet. p. 598. ſqq.* edidit die alte Weſtphäliſche Gerichts-Ordnung, vbi *p. 609.* traditur, quomodo contra trina vice citatum procedi debeat, his verbis: Der Frey-Grave erkunigt, ob er do ſy oder yemants, der jn verantwurtn wolle zu ſeinen höchſtn Eren. Ergo qui erat comparere iuſſus, poterat per *procuratorem* comparere. Modus procuratoria conficiendi traditur *p. 624.* his verbis: So einer fur ein Stul geladn wurt, und mag nit komen, und ſetzt ein procuratory, der ſoll dem Gewalt uff gebn mit einem Brief, daran ſin Inſiegele und zweyer ander Schopffn, oder mocht das nit ſein, ſo mag er zween ander Biderman bittn, ir Inſiegele mit im daran zu hencken, und er ſoll jm den Gewalt vffgebn mit Handt und mit Mundt, und ſweren, daß er jm Gewalt gebe zu Gewinne und zu Verluſt, und gebe jm des ſine Briefe. Darnach ſoll jm der Richter auch ein Brief gebn, das das vor jm geſchehn ſey mit ſeinem Siegel verſiegelt, und darzu zweyer andern Biderman Inſiegele. Darnach wenn er damit für Gericht geet, ſo ſoll er habn ein grün Krantz, darinnen ſoll ſtecken ein Kunigspfennig, und ſoll habn ein Hentſchuch an der Hand, und bey dem Krantz den Gewalts-Brief, und wann der Frey-Grave beruft, der die Sachen antrift oder yemant, der von ſeinen wegn do ſy, ſo ſoll er furtretn und ſprechn, er ſey komen, als ein procurator von Recht komen ſoll. So zeucht jm der Frey-Grave den Hentſchuch abe, und

Quomodo procuratoria olim confecta et in iudiciis exhibita.

und nymt den Kunigspfennig zu einem Gezwgniß, und darnach liſſt man den Waltbrief, darnach ſpricht er, er ſy komen zu verantwurten, als ferne er Recht habe, und nymt ein Furſprecher.

§. XXIX. Ex his, quæ hactenus allata ſunt, hoc modo rationes ſubduco, in foris Germaniæ criminalibus, in quibus *viua voce* ſeſe tenebatur reus defendere, *aduocatos* quidem admiſſos fuiſſe, pro reo *præſente* verba facientes, formulasque conſuetas recitantes, non vero *procuratores* abſentis vice comparentes; ceterum in quibus iudiciis, vt in Weſtphalicis, permiſſum erat, *in ſcriptis* cauſſæ merita proponere, etiam procurator, legitimo mandato inſtructus, pro abſente admiſſus fuit, ita vt reo citato libera electio relinqueretur, vtrum in *propria perſona*, an per *procuratorem*, comparere mallet. Ratio diuerſitatis erat, quod, vbi *viua voce* reus ſeſe defendere tenebatur, nemo commode abſentis vices ſupplere poſſet, quippe qui non tam plene de omnibus circumſtantiis inſtrui poterat, vt ſufficienter illis, quæ reo obiiciebantur, ſatisfacere et reſpondere potuerit. Quocirca eius *præſentia* opus erat, vt vel immediate crimina obiecta diluere, vel aduocatum ſuum præſens inſtruere de iis poſſet, quæ ex inopinato forſan obiecta erant, et de quibus antea alium ſatis inſtruere non valebat. Atque hac de cauſſa, qui ſe carcerum ſqualore liberare intendebat, cautionem *de ſe ſiſtendo in propria perſona* præſtare cogebatur. E contrario, vbi *in ſcriptis* cauſſæ merita propoſita ſunt, facilius procuratores admitti potuerunt, vtpote quos quauis occaſione ſufficienter inſtruere reo integrum erat, prout in cauſſis ciuilibus hodie fieri ſolet. Neque rationes iuris Romani, quæ procuratores a defenſionibus reorum arcebant, o-

Ergo, ſi viua voce procedebatur, procuratori non erat locus,

bene tamen ſi in ſcriptis,

cuius moris ratio diuerſitatis traditur.

lim *in his iudiciis* reo obſtabant, quo minus opera procuratorum vicaria vteretur, quippe quæ Germanis ignoratæ fuerunt, Romanis dumtaxat propriæ, ex principio admodum ſubtili ſupra recitato. Verum poſtquam ius *Romanum* ac *canonicum* etiam fora criminalia occuparunt, quæ hac in re diuerſa prorſus ſcita habent, atque, neglecto patrio more, ad hæc iura prouocatum fuit, inde factum eſt, vt doctrina de *poteſtate procuratorum in criminalibus* fere vnice ex his duobus fontibus deſumta fuerit, adeo vt B. STRYKIVS *in V. M. tit. de procurat.* §. 11. aſſerere non dubitet, *in procuratore rei in criminalibus vix quicquam vſu aliter obtinere, quam iure noſtro cautum eſt.*

Confuſio ex recepto iure Romano et Germanico orta.

1) Videndum quid hodie in inquiſitionibus iuris ſit abſente reo. Tunc ſaluus conductus ei conceditur, ſub cautione de ſe ſiſtendo,

§. XXX. Videlicet proceditur hodie vel per viam *inquiſitionis* vel *accuſationis.* Priori caſu, reus aut *abſens* aut *præſens* eſt. Si abſens eſt, citatus *ſaluum conductum* petere, et ante omnia cautionem præſtare debet de ſe ſiſtendo, quotieſcunque opus fuerit. CARPZ. *Pr. Crim. qu.* 112. *n.* 87. Qua de cauſſa certa ſumma determinatur, vſque ad quam cauere debeat, quod etiam *iure Sax. Prou. L.* 2. *art.* 4. cautum eſt: Zeuhet ſich ein Mann aus der Acht, und ſetzet Bürgen vorzukommen vor Gericht, kommt er denn nicht vor, das geſetzte Bürgen-Geld hat der Richter gewonnen, und nicht der Kläger. In eo ſcilicet proceſſus *inquiſitorius* cum more antiquo Germanorum conuenit, quod potiora eius momenta *viua voce* peragantur; namque reus (α) hoc modo ſummariter examinatur: (β) viua voce ad articulos inquiſitionales reſpondet: (γ) confrontationem cum teſtibus, vel criminis ſociis, ſimili modo ſubit: (δ) nouis indiciis emergentibus denuo examinatur, atque ita ſatis conuenienter, vti olim iure Germanico, eius *præſentia* deſideratur; ne dicam de *tortura*, vel alio eruendi veritatem medio, quod

quia pleraque viua voce peraguntur.

quod neceſſario *præſentiam* perſonæ poſtulat. Qua de cauſſa, mota inquiſitione, abſens haud auditur, ſi per *defenſorem* vel *procuratorem* ſe defendere intendit, ſed ita pronunciatur: **Daß der angegebene** defenſor **nicht ferner zuläßlich, ſondern es iſt** inquiſit **auf anderweit fürgehende Ladung in eigener Perſon bey Strafe Ungehorſams zu erſcheinen, und auf die** inquiſitions-articul **ſich einzulaſſen, und zu antworten ſchuldig.** Quodſi euentualiter ſaluum conductum petiit, addi ſolet: **Dazu ihm denn das gebetene frey ſichere Geleit zu recht und für unrechter Gewalt, biß ſo lange etwas peinliches wider ihn erkant, gegen Beſtellung eines Vorſtandes auf 500. Thl. hoch, billig gegeben und ertheilet wird.** *Conf.* CARPZ. *cit. l. n. 88.*

Admittitur tamen procurator (1) in pœnis pecuniariis,

§. XXXI. Ceterum, quamuis *proceſſus inquiſitorius* in primariis capitibus præſentiam perſonæ deſideret, multa tamen ex iure Romano in hunc ipſum transſumta ſunt, veluti (1) quod procurator etiam admitti poſſit, ſi in *pœnam pecuniariam* tantum condemnari queat reus, quin etiam in caſu, vbi relegatio tantum imminet, procuratorem hodie admittunt, quod hæc moribus noſtris in *pœnam pecuniariam* mutari poſſit, atque vtroque caſu cautio *iudicati nomine* præſtari queat, ſibique imputare debeat, qui procuratori cauſſam committit, ſi forſan ab eo non ſatis defenſus eſt. Conf. FARINACIVS *Qu. 99. n. 82. ſeqq.* STRYKIVS *in V. M. ad tit. de procur. §. 11.* Recte quoque (2) monet STRYKIVS *c. l.* multum referre, vtrum cauſſa agatur coram *Principe*, an *iudice inferiore.* Ille enim, cum pœnas quaſcunque corporales ex iure aggratiandi in *pecuniarias* conuertere poſſit, reum, præſtita cautione, dimittere, et *procuratorem* admittere poteſt; quod etiam ſine dubio dicendum, ſi coram delegatis Principis agitur, cuius mandato ſpeciali pro-

(2) Si coram principe agitur, ex eius voluntate.

(3) In punctis incidentibus.

curator admiſſus eſt. Præterea (3) non dubium, quin procurator pro expediendo *puncto incidente*, veluti pro ſaluo conductu impetrando, etc. interuenire queat, id quod rationi proceſſus inquiſitorii non aduerſatur. *vid.* CARPZOV. *cit. l. qu. 105. n. 64. et 69.* (4) Pari ratione, quamuis *proceſſus inquiſitorius* haud admittat *appellationem*, ſed vlteriorem tantum defenſionem, recurſus tamen ad ſuprema Tribunalia ex capite *nullitatis* adhuc ſupereſt, teſte MEVIO *P. 1. dec. 154. n. 2.* hoc effectu, vt non primario de meritis cauſſæ, ſed de defectibus corrigendis, cognoſcatur. IDEM *P. II. deciſ. 322. n. 4.* Cum vero non tantum in ſummis Imperii Tribunalibus, ſed etiam in Wiſmarienſi, non aliter quam interuentu procuratorum, et quidem *in ſcriptis*, omnia proponi et deduci poſſint, conſequens eſt, etiam in cauſſis *nullitatum* deducendis, quas iudex inferior inquirens commiſiſſe dicitur, procuratores omnino, immo ex neceſſitate præſcripta, admittendos eſſe. Denique (5) defenſores tales etiam in proceſſu inquiſitorio ex neceſſitate admittuntur, qui, finito cauſſæ examine receptiſque probationibus, ex actis nouiterque adductis argumentis innocentiam rei demonſtrent. Hi vero magis *Aduocatorum* quam *procuratorum* munere funguntur, adeoque proprie huc non pertinent.

(4) Pro nullitatibus in ſummis tribunalibus deducendis.

(5) Defenſores quoque non arceantur.

Si abſens plane non comparet, quilibet pro eo defenſionem pro auertenda offerre poteſt.

§. XXXII. Quid ergo dicendum, ſi reus fugitiuus nec *ſaluum conductum* petit, nec edictaliter citatus comparet, an non tunc ad minimum quilibet pro eo verba faciens, et innocentiam eius demonſtrans, admittendus eſt ex ſententia iuris Romani? Equidem id non aliter facile concipi poteſt, quam de defenſione *pro auertenda inquiſitione*, quia nondum ad articulos inquiſitionales reſpondit reus, adeoque ſi extraneus inno-

nocentiam fugitiui oſtendere intendit, id agit dumtaxat, vt inquiſitionem ab eo auertat. Atque hanc a *quocunque* fieri poſſe, æquiſſimum iudico, cum ita per modum *exceptionis* ante ſpecialem inquiſitionem oſtendatur, hanc locum non habere. Sed qui ſe nomine fugitiui vt *procurator* offert ad omnia illa peragenda, quæ præſenti reo incumbebant, is merito repellitur, et inquiſitio tamdiu ſiſtitur, donec apprehenſus fuerit, vt optime etiam prouiſum eſt in *Ordin. Crim. Potentiſſ. Reg. Boruſſ. c. 7. §. 6.* vbi ita: Wann aller angewanten Mühe und Fleiſſes ungeachtet, der entwichene Thäter dennoch nicht zu erforſchen wäre, ſollen die zurückgebrachte Steckbrieffe nebſt den ergangenen Edictal-Citationen in originali denen Actis beygefüget, in der Sache ſelbſt aber, biß daran die göttliche Rache denſelben zur Hafft bringet, oder er üm freyes Geleite ſich gebührend melden möchte, ſtill geſtanden, inzwiſchen aber bey Unſerm Criminal-Gerichte, oder einer Unſerer Juriſten Facultäten oder Schöppen-Stüle, weitern Verhaltens halber angefraget werden. In Saxonia ex veteri more Germanorum *proceſſu banni* contra fugitiuum proceditur, de quo agit CARPZ. *in pr. crim. qu. 140.* Quid vero, ſi tale delictum commiſſum fuerit, in quo etiam *abſens* iure ſingulari condemnari poteſt, vt in crimine læſæ maieſtatis, vel vbi pœnæ execution in effigie lege prouinciali præſcripta eſt, vti in nonnullis *Duellicis Edictis* factum? Hoc caſu *ordin. crim. cit.* §. 7. mandatarium admittit, his verbis: Hievon aber iſt ausgenommen das Laſter beleidigter Majeſtät, in welchem, denen gemeinen Rechten nach, auch wieder die Abweſende verfahren, und wann der Thäter auf ergangene Edictal-Citation entweder ſelbſt, oder durch einen *Mandatarium*, nicht erſcheinet, zu dem Beweiß in contumaciam geſchritten, und ſo dann in der Sachen ſer-

Non vero procurator pro eo auditur, ſed prorſus ſuſpenditur inquiſitio.

Niſi tale delictum commiſſum, ex quo abſens condemnari poteſt.

ferner, dieſer Ordnung nach, gehandelt werden ſoll. Secundum ius commune id non aliter recipi poſſet, quam lite iam conteſtata, ſeu reſponſione ad articulos facta, quod etiam quemlibet deinceps audiendum decernit, qui ne quidem munere *procuratoris* fungi intendit. Interim quia hodie procuratores periculum iudicati non ſubeunt, prout ſæpe dictum eſt, facilius, vt olim, in his cauſſis, in quibus *abſens* damnari poteſt ex capite *contumaciæ*, procurator admittendus eſſet, quia ſatius eſt, quomodocunque abſentem audire, quam inauditum condemnare, qua ratione dicta *ordinat. crimin. Boruſſ.* mandatarios admiſit. Durum ſane admodum eſt, in his cauſſis arduis reum contumacem pro confeſſo et conuicto declarare, eumque per ſententiam dignum iudicare, qui vltimo ſupplicio, vbi deprehenſus fuerit, afficiatur; quamuis extra Saxoniam in nonnullis foris, reiectis plane procuratoribus, hoc modo procedi ſoleat. vid. STRVVIVS *in iuriſpr. priu. Lib. 4. tit. vlt. §. pen.*

Quid iuris in reo præſente?

§. XXXIII. Quodſi reus *præſens* et carceri mancipatus eſt, vel etiam ſub cautione ab eo dimiſſus, itidem quoad peragenda primaria inquiſitionis capita ſupra relata, in perſona comparere tenetur; non tamen impeditur, vel ad defenſionem pro auertenda, vel ad alia puncta incidentia, quæ paſſim hodie in *proceſſu inquiſitorio* occurunt, procuratorem in iudicium mittere, quippe quæ ita comparata ſunt, vt opera alterius expediri queant; quin quod in plurimis locis incarcerati mox ſibi *defenſores* adſciſcant, qui illis aſſiſtant in omnibus, quæ præcautionis gratia peti aut fieri debent, nec præſentiam rei deſiderant, quamuis hi rurſus magis officium *aduocati*, quam procuratoris, ſubeant. Interim conſultius eſſe non nego, ſi etiam mandato ſpeciali inſtruantur, quia remo-

to

to inquiſito plura in ſcriptis petere ſolent et proponere, quæ non niſi interueniente *mandato* peti, et poſtea a reis in dubium vocari poſſunt, vnde non poteſt non proceſſus admodum turbari.

De poteſtate procuratorum in proceſſu accuſatorio.

§. XXXIV. Supereſt, vt de *proceſſu accuſatorio* quædam adiungam, de quo ſpeciatim CARPZOV. *pr. crim. qu. 104.* agit, et mox *qu. ſq.* de *procuratorum poteſtate* tractare incipit, quod primario tum ius *ciuile* tum *canonicum* applicari poſſe crediderint, vtpote in quibus proceſſus *accuſatorius* omne fert punctum. Equidem in *Carolina conſtitut. criminali* prolixe quoque proceſſus *accuſatorius* deſcriptus, et quoad maximam partem ex iure Germanico antiquo hauſtus eſt; interim de *poteſtate procuratoris* a parte *rei* nihil traditur, ſed *incidenter* ſaltim in *art. 12.* procuratoris *accuſatoris* mentio iniicitur. Sane quia in pleriſque locis *proceſſus accuſatorius* peragi *in ſcriptis*, atque in eo eodem fere modo, vt in cauſſis *ciuilibus*, procedi ſolet, quid impediret hodie, quo minus procurator, qui iura rei *in ſcriptis* tuetur, admitti poſſet? Neque enim hodie *periculum condemnationis* imminet procuratoribus, quod olim iis, vt *dominis cauſſæ*, obſtabat. Sufficit ſola *ſecuritatis* præſtatio pro futuro iudicato, quam omnino reus præſtare debet, vel *corpore* ſuo, ſi carceribus mancipatus eſt, vel *idonea cautione*, quatenus hæc pro *futuro iudicato* admitti poteſt. Si quædam *viua voce* in proceſſu accuſatorio, iuxta ſpecialem diſpoſitionem *proceſſus criminalis*, peragenda ſunt, quorſum *examen accuſati* et *confrontatio*, immo et *quæſtiones* pertinent, in his ſolis procurator repellitur. Nam etiam in *proceſſu ciuili*, in quibus *procuratores* interuenire poſſunt licite, contingere poteſt, vt quandoque principales in *propria perſona*, ad certos

tos

tos actus peragendos, comparere teneantur, veluti ad iuramenta delata præſtanda, vel ſi alias id iudici æquum bonumque viſum fuerit, vt in *matrimonialibus*, in quibus in primo termino vtplurimum in *propria perſona* comparere iubentur litigantes, vtut in iis *procuratores* interuenire queant. BRVNNEMANN. *lib. III. iur. eccl. c. 3. §. 1.* Si, *procuratore* admiſſo, reus, effracto carcere, aufugerit, lisque conteſtata fuerit, etiam ſecundum principia iuris Romani non eſt repellendus, qui pro eo verba facere intendit, quamuis *hoc iure* ſub qualitate *procuratoris* non amplius admittatur, quæ obſeruatio tamen hodie vix vtilitatem habebit, ſi cauſſa ita ſit comparata, vt abſens etiam damnari queat. Sic olim adulterium *relegatione* punitum fuiſſe, demonſtrat ANTON. MATTHAEI *de crimin. ad lib. 48. tit. 3. c. 2.* adeoque quamuis procurator, prout ſupra dictum eſt, in hac accuſatione admitti non poterat, tamen lite conteſtata, quilibet pro adultera verba faciens admittendus erat, quod abſens damnari poſſet. Multo minus ergo hodie in cauſſis relegationum alius excludendus, ſiue *defenſorio* ſiue *procuratorio* nomine, mandato producto, interuenire velit, quia procuratoribus nullum amplius imminet periculum, ſi reus ipſe ante fugam ſuam *cautionem* per alium præſtitiſſet, quem in nexu reliquit.

EXER-

EXERCITATIO XXXIV.

AD LIBR. IV. PAND. TIT. IV.

DE

RESTITVTIONE IN INTEGRVM CONTRA SPONSALIA PVRA MINORVM.

ARGVMENTVM.

§. *I. Cauſſæ matrimoniales arduæ ſunt, II. pariter ac cauſſæ ſponſaliorum. III. Mirum ergo, denegatam in illis eſſe reſtitutionem in integrum. IV. Quæſtio mouetur de reſtitutione in integrum ex capite ætatis aduerſus illa. V. Sponſalia valida eſſe ponuntur. VI. Nec de iure ciuili, quo ſponſalium libertas conſtituta, ſed de hodierno quæritur. VII. Nec de ſponſalibus ex capite contumaciæ reſcindendis agitur. VIII. De reſtitutione aduerſus ſponſalia pura quæſtio eſt, IX. ſiue eadem filia immediate ſiue pater nomine eius contrahat.* X. *Dubia aduerſus illam:* 1) *quod obligatio ſponſalium ſit iuris diuini, XI.* 2) *quod reſtitutio aduerſus matrimonium negetur; XII.* 3) *quod ſponſalia pura dicantur eſſe de præſenti; XIII.* 4) *quod negotium ſpirituale contineant; XIV.* 5) *quod æquitas deficere videatur; XV.* 6) *quod æque fauorabiles ſint ac datio libertatis, quæ reſtitutionem excludit; XVI.* 7) *quod læſio in patrimonio deeſſe videatur. XVII. Reſtitutionis auxilium adſtruitur doctorum aſſenſu, XVIII.* 1) *ob læſionem minorum, ex ſponſalibus metuendam: XIX.* 2) *quod ſponſalia ſint ſpecies conuentionis: XX.* 3) *quod in illis deſit ratio, quæ alioquin reſtitutionem aduerſus matrimonium excludit: XXI. ſponſalia pura enim male pro ipſo matrimonio habentur; XXII.* 4) *quod pura male dicantur eſſe de præſenti: XXIII. XXIV. Pura iure canonico inter ſponſalia de futuro referuntur, XXV. et mutuo diſſenſu diſſolui poſſunt: XXVI.* 5) *quod minores in integrum reſtituantur*

in cauſſis, ægre alioquin reſcindendis. XXVII. *Dubia diſſoluuntur.* XVII. *Hæc reſtitutio æquitate non deſtituitur.* XXIX. *Nec læſio in ſponſalibus temere initis deeſt.* XXX. *Minor in ſponſalibus pro maiori haberi nequit.* XXXI. *Conſenſus curatoris in minorum ſponſalia reſtitutionem non impedit.*

§. I.

Cauſſæ matrimoniales arduæ.

Tralatitium et in recta fundatum ratione eſt aſſertum, negotia ardua maiori indigere deliberatione, nec temere et ſine matura deliberatione ſuſcipienda eſſe. a) Sicuti vero ea potiſſimum ardua et magni momenti eſſe videntur, ex quibus præiudicium ſummum metuendum, maxime tale, quod non facile poſtea declinari amplius poteſt: b) ita meo iudicio *cauſſæ matrimoniales* et *ſponſaliorum* huc referri debent, quippe quibus perpetuum vitæ conſortium et omnis fortunæ et infortunii communio inducitur, adeoque conſuetudinis futuræ viuendi felicitas vel miſeria inde pendet. c) Illa quidem ſemper merito hanc ſocietatem comitari deberet, quod ſuaue conſortium amore coniugali perpetuo alendum inducat; enimuero triſtis docet experientia, infinitis matrimoniis hanc deeſſe iucunditatem, vt loco eius non indiuiduam vitæ conſuetudinem ſed diſſociatum, calamitoſum et perpetuis obnoxium diſſidiis vinculum inducat, id quod eo intolerabilius malum habet, quod ſit perpetuum, indiſſolubile, et ita compara-

a) Pluribus de hac regula egi in *diſſ. de cauſſ. ard. et maior.* c. II. §. 14.

b) Itidem hoc fuſius deductum eſt in *cit. diſſ.* c. I. §. 13. *ſqq.*

c) Addunt præterea ICti varia coniugiorum incommoda, de quibus agit ARNISAEVS *de iur. connub.* c. I. *ſect.* 3. Matrimonia *tot tantisque difficultatibus opprimi* dicuntur in *l. vn. C. de impon. lucrat. deſcript. lib.* X. eaque de cauſſa *onus* et *ſarcina* vocantur in *c.* 7. *C.* 32. *q.* 7. *c.* 9. *C.* 33. *q.* 3.

paratum, vt omnem omnino pœnitentiam poſtea excludat d). Reliquæ ſocietates tantum diſcriminis non habent, quæ ſi præter opinionem male ceſſerint, diſſolui et in priſtinum reſtitui poſſunt ſtatum. Quæ vero inter coniuges initur ſocietas, talis diſſolutionis neſcia eſt, perpetua eſt, adeoque eius ineundi propoſitum ſummam deſiderat deliberationem, ne quis ſe ſuamque ſortem in ſummum deducat diſcrimen. Agnouit hoc pontifex in *c. f. X. de procur.* adeoque inde concludit, procuratorem ad ſponſalia ineunda datum ſubſtituere non poſſe, *propter magnum quod ex facto tam arduo poſſet periculum imminere.* Addunt interpretes, nec actorem in cauſſa ſponſaliorum ad *ſuppletorium* iuramentum admittendum eſſe, *propter ſummum præiudicium, quod reo poſſet irrogari, ſi condemnaretur*, vt ait BESOLDVS *conſ. 261. n. 29.* vel etiam *quia cauſſæ matrimoniales arduæ cenſentur et famoſis ac capitalibus æquiparantur, et tali iuramento admiſſo reus inuitus contra libertatem matrimonii in illud detruderetur*, vt ait CARPZOVIVS *lib. 3. reſp. 57. n. 13. 14. 15.* Pari philoſophia vtitur COTHMAN *Vol. 2. reſp. 80. n. 16.* et, *cauſſa matrimonialis*, ait, *eſt grauis, ſolemnis et magna, quæ graues, ſolemnes et magnas probationes exigit, et iudices peritos requirit, atque cura et diligentia exacta ponderari, expendi et perquiri debet, adeo vt cauſſæ criminali æquiparetur*, item *n. 90.* in *cauſſa matrimoniali tanto maior, et concludentior probatio exigitur, quanto grauior eſt.* Similiter BRVNNEMANNVS *conſ. 62. n. 2.* inter cauſſas *magnas*, *ſummas* et *ſtatus* refert cauſ-

 ſas

d) Neque vero hoc *malum domeſticum* intra priuatos parietes ſubſiſtit, ſed in ipſam rempublicam redundat, vt optime animaduertit ARNISAEVS *c. I. ſect. 2. n. 9.* adeoque intereſt omnino reipublicæ, ne *temeraria coniugia* ineantur, vel promiſſiones vagæ et ex impetu magis quam deliberato conſilio profectæ obligent renitentem poſtea, quo maiora mala ex infeliciſſimis coniugiis metuenda eſſe tentur.

ſas matrimoniales. Denique pontifex in *c. pen. X. de reſtit. in integr.* nouam inde concluſionem format: *in matrimoniali quoque cauſſa liberali vel criminali, cum maiores iudices exigant, arbiter nequit aſſumi;* quamuis enim reſpectum ad *ſacramentum* habuiſſe videatur, quod proteſtantes repudiant e), vera tamen, hoc licet ſubducto, adhuc manet ſententia ex adductis rationibus, vt proteſtantes non immerito cauſſis *arduis* et *ſummi praeiudicii* eaſdem annumerent, conf. RICHTER *P.* I. *dec.* 8. *n.* 38. *ſq.* et *vol.* 2. *conſ.* 216. VVLTEIVS *conſ. Marp.* 15. *n.* 256. *et* 342. STVCKIVS *conſ.* 6. *n.* 127. MEVIVS *P.* 3. *dec.* 80. *n.* 1. et *P.* 2. *dec.* 364. *n.* 6. ZANGER *de except. P.* 1. *tit.* 1. *n.* 53.

Etiam ſponſaliorum cauſſa praeiudicium non leue habent.

§. II. Neque vero hoc de matrimonio iam *contracto* et *conſummato* tantum intelligendum, ſed in primis de *contrahendo*, ſeu de *ſponſalibus* initis, ex quibus eo grauius imminere poteſt periculum, quod res adhuc ſit integra, et praejudicium ex futuro matrimonio imminens adhuc auerti et praecaueri poſſit, ſi ex illo infeliciſſima fortunarum et conſuetudinis viuendi ratio metuenda eſt, adeo vt pontifex in *c.* 17. *X. de ſponſal.* non inepte cenſuerit, neminem facile cogendum eſſe, *quod coactiones difficiles ſoleant frequenter exitus habere* f). Quamuis enim

e) Vel ad minimum repudiare debent, vt HAVEMANNVS *de iure connub. lib. II. tit.* 1. cum pluribus aliis recte cenſet. Non omnes vero ab hoc conceptu alienos eſſe, ſed appellationem tantum non rem ipſam repudiare noto notius eſt, adeo vt vel ex *reliquiis huius ſacramenti* tot difficultates reſtitutioni moueri ſoleant.

f) Immo ea de cauſſa interſtitium aliquod inter *ſponſalia* et *coniugium* interponitur, vt ante corporum coniunctionem ſtabiliatur animorum coniunctio, quae ſi praeter opinionem deficere videatur, conſultius eſt, praecauere maiora mala, quam reluctantes et diſcordantes ad copulam cogere. Huc reſpexit AVGVSTINVS in *c.* 39. *C.* 27. *q.* 2. *inſtitutum eſt, vt iam pactae ſponſae non ſtatim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam* non

enim conclamatum ſit atque extra controuerſiam poſitum, pacta quæuis ſancte eſſe ſeruanda nec temere a fide data reſiliendum, et ita quoque vinculum ſponſaliorum ſancte colendum; manet tamen adhuc ingens diſcrimen inter ipſum *matrimonium* et *ſponſalia*, quia illud omnem excludit pœnitentiam et irretractabile eſt; hoc vero tale vinculum non conſtituit, ſed ex variis cauſſis diſſolutionem adhuc admittit, maxime tunc, vbi grauiora diſcrimina ex ipſa ſocietate coniugali probabiliter metuenda ſunt, vel aliæ iuſtæ cauſſæ adferri poſſunt, vt non æque difficilem ſe iudex præbere debeat in *ſponſalibus* quam *matrimoniis* diſſoluendis.

§. III. Vtrum vero etiam iudex, qui *cauſſis matrimonialibus* decidendis præpoſitus eſt, juſta allata cauſſa, contra ſponſalia poſſit admittere *reſtitutionem in integrum*, ſeu illud ipſum beneficium, quod iura pro declinando grauiſſimo præiudicio et *corrigenda læſione*, vt dicitur in *l. 1. pr. ex quib. cauſſ. mai.* indulſerunt lapſis, non caret difficultate, non quidem ex ſe et ſua natura, cum iura ipſa nulla adeo obſtacula hic ponant, ſed ex præconceptis quibuſdam opinionibus, quibus plerique imbuti, difficillime ſe ad concedendum hoc beneficium adduci patiuntur. Accedit anctoritas tot ICtorum, quæ maius fere pondus in praxi habere ſolet, quam ipſa iuris ratio, ſicuti olim *gloſſæ auctoritatem* omni iuris rationi præponendam eſſe quidam exiſtimarunt. Ita enim olim rationes ineptiſſime ſubduxit RAPHAEL FVLGOSIVS in *l. ſi ſolutum C. de obligat.*

Et tamen communiter contra ea auxilium ætatis denegant,

ex præiudicio auctoritatis.

non ſuſpirauit ſponſus dilatam. Plenius hoc illuſtrat CYPRAEVS *de iur. connub. c. 1. §. 1.* vbi recte ait, *ad obligationem tanti momenti ſumma cum deliberatione et electione, quæ ſit recta cum ratione, accedendum eſſe, et hic ſi unquam alias, adhibendum eſſe illud:* Σπεῦδε βραδέως.

obligat. et act. Noſti, quanta ſit auctoritas gloſſatoris. Nonne heri dixit Cynus, gloſſam timendam propter præſcriptam idololatriam per aduocatos, ſignificans, quod ſicut antiqui adorabant idola pro Diis, ita aduocati adorant gloſſatores pro euangeliſtis. Volo enim potius pro me gloſſatorem quam textum; nam ſi allego textum, dicunt aduocati diuerſæ partis et etiam iudices: credis tu, quod gloſſa non ita viderit iſtum textum ſicut tu, et non bene intellexerit ſicut tu? Ego recordor (et ſi illud pro nouo) quod, dum eſſem ſcholaris, eram ſatis acutus, et dum ſemel eſſemus multi ſocii in vna collatione, auſus fui vnum textum allegare, contra ſententiam doctoris mei: tantum audaciam habui. Dixit vnus ſocius: tu loqueris contra gloſſam, quæ dicit ſic? Et ego reſpondi: et ſi gloſſa dicit ſic, ego dico ſic, ignarus auctoritatis gloſſatorum. Credebam enim quod eſſent communes apoſtillæ, quales ſunt in libris grammaticæ, ſicut ſuper Virgilio et Ouidio. Sed tamen non ita eſt; fuerunt enim gloſſatores maximæ ſcientiæ viri et auctoritatis. Et ſi aliud non eſſet, quam gloſſarum ordinatio, et de quibus poteſt dici id, quod arbitror de nullo dici poſſe, videlicet, quod totum corpus iuris viderunt. Magis ergo eſt ſtandum eis, qui viderunt, quam nobis, qui non videmus. Plures eiuſmodi floſculos adfert HOTTOMANNVS in *præf. conſil.* oſtendens, auctoritatem gloſſatorum olim in iudiciis ſemper præualuiſſe, vt illa ipſa tot communes errores progenerauerit, quos ægerrime depoſuerunt, ſemel eiſdem innutriti. Cum vero hodie per Dei gratiam ab hoc iugo liberati, et melioribus inſtructi ſubſidiis, plus videamus, quam olim gloſſatores eorumque aſſeclæ, auctoritas tot diſſidentium minime deterrere nos debet ab indagatione veritatis et iuſtitiæ genuina, ſed eo magis nobis calcar addere, vt non quid dictum ſit, ſed quid dici, quid decerni debuerit, inſpi-

ciamus

Digitized by Google

ciamus g). Hoc conſilio et propoſito quoque ad propoſitum thema accedo, ſolius veritatis, quæ vnice ex rationum ponderibus æſtimanda eſt, rationem habiturus, et oſtenſurus, quæ commoda ex hac doctrina in genus humanum ſint redundatura, quæ incommoda ex contraria ſententia prouentura, id quod merito in omnibus quæſtionibus controuerſis ſimul attendendum eſt.

Agitur hic tantum de reſtitutione ex capite ætatis.

§. IV. Quando ergo de *reſtitutione in integrum contra ſponſalia* agendum eſt, quædam neceſſario præmittenda ſunt, vt ſtatus controuerſiæ recte formetur. Videlicet (1) hic vnice ſollicitus ſum de reſtitutione ex capite *ætatis*. Maiorennium reſtitutionem vel ideo hic non tango, vel in eam ipſam me immitto, quod animaduerterim, fere caſum deficere, vt *reſtitutione* opus eſſe videatur. Neque enim in caſu *metus* reſtitutio eſt neceſſaria, qui ſponſalia *ipſo iure* reddit nulla h), vt ex inſtituto oſtendi in *diſſert. de coact. matrim. c.* 1. §. 7. *ſqq.* neque ex capite *doli*, qui itidem excludit conſenſum, et operatur, vt ſponſalia prorſus non valeant, et deceptus *ipſo iure* tutus ſit, vt oſtendit STRYKIVS *in tract. de diſſenſ. ſponſal. ſect. II.* §. 14. *ſqq.* Multo minus ex capite *erroris* reſtitutione opus eſt, qui vel ſponſalia annullat, vt diſtincte IDEM *cit. l.* §. 30. *ſqq.*

g) Id etiam in primis in *quæſtionibus matrimonialibus* obſeruandum, in quibus infiniti errores ex *iuris canonici* incauta obſeruantia et vſu occurrunt, et adeo in conſiſtoriis regnare ſolent, vt, quia CARPZOVIVS hos non ſemper euitauit, difficulter ab eius auctoritate recedi ſoleat, quod tamen merito fugiendum.

h) A iure canonico mores noſtros diſciuiſſe cenſet BROVWER *de iur. connub. lib.* 1. *c.* 17. *n.* 12. ita vt ſponſalia talia demum ope *reſtitutionis in integrum* reſcindenda ſint. Verum 1) forſan tantum de moribus Belgicis loquitur, et 2) ſupponit, iure Romano quoſcunque contractus metu initos, etiam b. f. hoc remedio indiguiſſe, quod erroneum eſt.

ſqq docet, vel ita comparatus eſt, vt regulariter culpa haud vacet, qua interueniente, reſtitutio maiorennibus denegatur. *Non enim*, ait ICtus in *l.* 37. *D. ex quib. cauſſ. mai. negligentibus ſubuenitur, ſed neceſſitate rerum impeditis.* Nec *capitis deminutio* huc referri poteſt, quæ eundem vt olim, hodie effectum non habet. Ceterum vtrum ex *clauſula generali prætoria* maiorennibus aliquando contra ſponſalia ſit ſuccurrendum? i) eo minus nunc in diſceptationem vocandum eſſe arbitror, tum quod tot iuſtæ et probatæ ſint repudiorum cauſſæ, de quibus egi in diſſ. *de prob. repud. cauſſ.* vt *reſtitutio in integrum* illis non neceſſaria eſſe videatur, tum etiam quod potiſſimum in *reſtitutione minorum* mihi deſudandum eſſe duxerim, quæ facilius quam illa deſiderari et peti poteſt, et ita hæc quæſtio plus vtilitatis in tritura forenſi adlatura ſit.

Sponſalia præſupponi debent valida nec repudio ſubiecta.

§. V. Præterea II) præſuppono *ſponſalia* a minoribus contracta *valida* et nullo laborantia vitio. Quodſi enim defectum quendam habent, nec plene abſoluta ſunt, non opus eſt reſtitutione. Proinde iis in locis, vbi pro forma *præſentia teſtium* in ſponſalibus ineundis deſideratur k), ea adhuc *imper-*

i) Facile coniici poterit, eadem immo maiora adhuc dubia moueri a diſſentientibus, quae tamen ex infra dicendis quoad maximam partem elidi poſſunt. Interim negari nequit, difficilius maioribus reſtitutionem indulgendam eſſe ac quidem minoribus, cum his *temeritas* in actionibus ciuilibus non noceat, bene illis, adeoque vt reſtitutioni locus eſſe poſſit, circumſtantiae ſingulares concurrere debent.

k) Hanc vel ideo plerorumque locorum conſtitutiones deſiderare ſolent, vt ex hoc publico ſigno conſtet, tum ſponſalia haud ſubſtitiſſe in nudis tractatibus, ſed perfecta eſſe; tum etiam, vt de liberaliſſima mente, ſine vlla præcipitantia, ad ſponſalia accedatur. Vbi hæc forma non deſideratur, infinitæ lites exiſtere ſolent de *ſponſaliorum perfectione*, reis ſemper obiicientibus, ſe hactenus in nudis ſubſtitiſſe tractatibus: præcipitanter omnia fuiſſe peracta: non omnia determinata, quæ de- ter-

imperfecta cenſenda ſunt, quibus hæc ſolemnitas non acceſſit. Quodſi ergo vel maxime omnia iam conſenſu interueniente determinata, compoſita, tranſacta, imperfectum tamen adhuc cenſetur negotium, quamdiu forma, legibus præſcripta, quæ dat eſſe rei, eidem haud acceſſit, et pœnitentia, ſine vlla reſtitutione, integra eſt. Talia ergo ſponſalia poſſunt dici *nuda*, h. e. deſtituta *forma* ſua *debita*, nec producunt actionem, æque vt nec pacta *nuda* apud Romanos, quæ itidem non obligabant, quod Romani conſultius eſſe crederent, ita conuentiones inire, vt *ſolemni ſtipulatione* interueniente demum perficerentur. Simili ratione vbi *ſponſio ſolemnis* in ſponſalibus adhuc neceſſaria erat, *nuda promiſſio* de futuro matrimonio ineundo effectum iuris non habebat, et virgo non *deſponſata*, ſed tantum *pacta* dicebatur: *ſponſione* accedente, *deſponſata* et perfecte obligata demum erat, docente GELLIO *in N. attic. lib. IV. c. 4.* Similiter ſi ex poſtfacto aliquid inſperati ſponſalibus ab initio validis accedit, quod iuſtam *repudio* cauſſam præbere poſſet, itidem reſtitutione non eſt opus, cum alia iuſta cauſſa adſit, quæ recuſantem liberet, *c. 25. X. de ſponſal.* adeo vt ne quidem iuramentum, quod reſtitutionem minorum impedit *per auth. Sacramenta puber. C. ſi adu. vendit.* in his noniter emergentibus cauſſis minoribus impedimento ſit per *cit. c. 25.*

§. VI. Vlterius III) præmitto, hic non eſſe quæſtionem formandam de *iure ciuili*, ſed de *hodierno iure*. Illud reſtitutionem in integrum minoribus contra *ſponſalia* eo minus denegaſſet, ſi illam iiſdem neceſſariam eſſe crediſiſſet, quo magis *Hic non quæſtio eſt de iure ciuili ſed hodierno.*

terminari debuiſſent, tamdiu autem donec ad perficiendum quid ſupereſt. actum imperfectum cenſeri debere, *l. 11. C. de his quib. vt indign.*

gis illa præiudicia, quibus hodie orbis faſcinatus eſt, ignorat penitus. Enim vero iuriſprudentia Romana recentior libertatem *repudiorum* adeo laxauit, vt vel citra iuſtam cauſſam a ſponſalibus reſilire integrum eſſet l). Loquor de iuriſprudentia recentiori. Iam enim obſeruaui, ex teſtimonio GELLII, ſponſione interueniente, olim obligationem efficacem ex ſponſalibus natam fuiſſe, vt, ſi non duceretur deſponſata, vel hæc ſponſalium fidem frangeret, ex *ſponſu* daretur actio ad *intereſſe*, ad quod præiudicium auertendum eo tempore vtilis potuit eſſe in integrum reſtitutio. Enim vero paullatim ſolemnis *ſponſio* remiſſa permiſſumque, vt *ſimplici* contraherentur ſponſalia *conſenſu*, vt rurſus teſtis eſt GELLIVS, atque ita, more veteri ſublato, nomen *ſponſaliorum a ſponſione* deductum, remanſit. BROVWER *de iure connub. lib.* I. *c.* I. *n.* 8. Non vero remanſit antiqua ſponſaliorum efficacia, ſed *ſpes nuptiarum* vnice inde nata eſt, vt dicitur in *l.* 6. *D. de ſponſal.* eaque lubrica, incerta, anceps, inefficax. Neque enim ex *ſponſalibus* amplius vllam dandam eſſe actionem, cenſuerunt Romani, vt etiam ab iis recedere poſſent, ſi vel maxime ſtipulatio, eaque *pœnalis*, adiecta iis fuiſſet, quod inhoneſtum eo tempore viſum fuerit, vinculo *pœnali* obſtringi matrimonia, quæ libera eſſe debuere *l.* 71. §. I. *de condit. et demonſtr. l.* 134. *de verb. oblig. l.* 2. *C. de inutil. ſtipul.* Permiſſa ergo ſemper erat pœnitentia, vt adhuc tempore DIOCLETIANI deſponſata puella conditioni renunciare et alii nubere haud prohibita

l) Quod vel ideo permiſſum tandem fuit, quia ipſa matrimonia admodum lubrica erant, ex libertate *diuortiorum*, quæ multo magis re integra permitti debuit. Plenius hoc thema exornauit CYPRAEVS *de iur. connub.* c. 13. §. 7. 8.

hibita fuerit, *l. 1. C. de repud.* qua libertate ſuppoſita, de *reſtitutione in integrum* danda haud implorandus erat prætor. Poſtea frenum quoddam iniectum fuit huic licentiæ, conſtituta *pœna quadrupli* cum reſtitutione arrharum in refractariam puellam, quæ temere ſponſalia perficere recuſabat, vt docent *l. 6. C. Th. de ſponſal. l. vn. C. Th. ſi nupt. ex reſcript. pet. l. vn. C. Th. ſi prou. rector*, quo rerum ſtatu *reſtitutio in integrum* minori lapſæ iuuenili ætate vtilis eſſe potuit. Verum mox rurſus ſcena mutata, et *anno* 469. in *l. 5. C. de ſponſal.* hæc pœna ſublata, cautumque, vt *minorennis* tantum id, quod accepit, redderet, quo ipſo cauſſa omnis reſtitutionis ceſſauit, aliunde ſatis tuta exiſtente. Neque vero ſponſaliorum hæc licentioſa nimis *renunciatio* illis temporibus ignominioſa alicui aut dedecori fuit, nec laborauit mulieris ex repudio pudicitia et exiſtimatio, vt recte obſeruat BROVWER. *cit. l. lib. I. c. 24. n. 14.* quamuis hodie aliis viuatur moribus. *Iure* enim *canonico* m), quod optima fundatum eſt ratione, ſponſalibus eadem vis, quæ aliis contractibus ineſt, data atque tributa eſt, vt regulariter, conuenienti quamuis modo, contumax puella, deficiente omni iuſta *repudii* cauſſa, cogi poſſit, ad ſponſalia per matrimonium conſummanda. Poſito ergo hoc vinculo, hodie quæſtio *de reſtitutione in integrum* moueri poteſt.

Quamuis etiam quædam mutatio poſt facta.

§. VII.

m) Equidem etiam de hac quæſtione adhuc diſceptant inter ſe iuris huius interpretes, quibuſdam putantibus, ex ſponſalibus *de futuro*, etiam *puris*, actionem hoc iure non naſci per *c. pen. X. de ſponſal.* aliis vero in contrariam ſententiam euntibus; aliis rurſus varie diſtinguentibus, vt obſeruat BROVWER. *de iur. connub. lib. 1. c. 24. n. 19.* Enim vero non dubitandum eſt, quin hoc iure *perfecta obligatio* ex *ſponſalibus* nata fuerit, vt *c. 10. et pen. X. de ſponſal.* indicat, docetque ob *violationem fidei* pœnitentiam etiam fuiſſe indictam.

Nec huc pertinet caſus de reſcindendis ſponſalibus ex capite contumaciæ.

§. VII. Addo IV) etiam hoc, quando de *reſtitutione in integrum* quæritur, id potiſſimum in quæſtione eſſe, an et quatenus ex *æquitate* ita reſcindi ſponſalia poſſint, vt vtrinque data et accepta reſtitui, ſponſus vero contra puellam minorennem (vtpote in quam fere ordinarie tantum hic caſus cadere poteſt; cum in *ſponſo* vtplurimum illud TACITI obtineat: *ſera apud Germanos* venus) nec *Iniuriarum* nec *ad intereſſe* agere poſſit. Hæc enim eſt vis, hæc *reſtitutionis* natura, vt omnia in priorem reſtituantur ſimpliciter ſtatum, et minorennis ab omni læſione immunis præſtetur. Ergo illum hic penitus excludo caſum, quo tandem reſcinduntur ſponſalia ob *contumaciam* ſponſæ *refractariæ*, quod, vbi ſponſa iam exceſſit minorem ætatem, contingere poteſt. Neque enim *abſoluta coactio* decerni poteſt, quam etiam ius canonicum reprobat in *c.* 17. *X. de ſponſal.* ſed probatis ſponſalibus, pronunciatur quidem: und iſt Beklagtin zu Vollenziehung der Ehe durch gebührende Zwang-Mittel anzuhalten, quin etiam ſi ſurdæ narratur fabula, *mulcta* vel *carcere* tentari poteſt, an ſententia dictata poſſit exſecutioni dari, obſeruante MEVIO *P.* 3. *dec.* 383. ceterum vbi omnia *remedia coactiua* incaſſum adhiberi iudex animaduertat, tandem ex veriori ſententia n) ſponſalia reſcindit, et refractariam ad omnes refundendas *expenſas et ſatisfactionem priuatam* prætereaque ad ſoluendam *mulctam* condemnat, cum *diſpendio arrharum*, vt optime obſeruant MEVIVS

cit.

n) Medium illud, quo inuiti copulantur, admodum periculoſum eſſe recte cum CARPZOVIO ſtatuit HAVEMANNVS *de iur. connub. lib. I. tit. XI.* §. 5. adeo vt ſi inuiti, obtorto collo, copulati fuerint, id *de facto* potius quam *de iure* factum fuiſſe dici queat, vt tale matrimonium ſubſiſtere non poſſit, quod elegante præiudicio confirmaui in *diſſ. de coact. matrim. c. II.*

cit. l. deciſ. 382. STRYK *de diſſ. ſponſal. ſect.* 2. §. 5. *ſqq.* et plenius euici in *diſſ. de matrim. coacto c. II.*

§. VIII. Denique V) hic tantum ſollicitus ſum de *ſponſalibus puris*, vtpote circa quæ vtplurimum plures fluctus moueri ſolent. Vtplurimum noſtrates ſponſalia *conditionata* appellare ſolent *de futuro*, quibus vinculum non adeo tribuendum eſſe cenſent, adeo vt quidam *nudos tractatus* iis ineſſe perſuaſiſſimum habeant. Vtut vero id merito repudiandum ſit, facile tamen noſtrates admiſſuri ſunt, contra ea, ſi aliquid roboris eis adhæreat, reſtitutionem conceſſam eſſe, quod in iis deficiant illa impedimenta, quæ in *puris* ſe inueniſſe exiſtimant o). Ad minimum illud euidens eſt, ſi probatum euictumque fuerit, contra ſponſalia *pura* dari reſtitutionem in integrum, multo magis eandem permiſſam eſſe contra ſponſalia *conditionata.* Alias quidem ita formare ſolent controuerſiæ ſtatum: *vtrum puella minorennis contra ſponſalia de præſenti reſtitui poſſit in integrum?* verum ſtudio abſtinui ab hac incommoda appellatione, quæ vnice omnium difficultatum et errorum fomes fuit. Dum enim *ſponſalium de præſenti* mentionem faciunt, non alia quam *pura* intelligunt, non vero illa ipſa, quæ ius canonicum hac voce adumbrat, vtpote proteſtantibus incognita prorſus et aliena p), vt de illis quærere non

Agitur hic tantum de auxilio ætatis contra ſponſalia pura.

o) Concedunt enim plerique ſponſalia *de futuro*, qualia *conditionata* cenſentur, mutuo diſſenſu diſſolui poſſe, vt CYPRAEVS *de iur. connub. c.* 13. §. 12. oſtendit, qualia quæ ſunt, etiam reſtitutioni ſubiecta ſunt.

p) Equidem in ſenſu iuris canonici eum *ſponſaliorum de præſenti* caſum ſupereſſe cenſeo, ſi puella deſponſata a ſponſo impraegnata fuit, vel hic cum ea concubuit, quia per *concubitum* ſubſecutum ediderunt *conſenſum coniugalem*, qui *vinculi* indiſſolubilitatem operatur. Sed vix eſt, vt hoc caſu puella ſit deſideratura reſtitutionem in integrum, poſtquam res eſſe deſiit integra, vel ſi hoc deſideratura eſt, vix ei aſſentiendum.

non ſit opus. Vid. interim STRYK. *de diſſenſ. ſponſal. ſect. 1. §. 22.* Ad minimum tum ipſum ius Canonicum *ſponſalia de futuro* tam *conditionata* quam *pura* agnoſcit per *c. 2. X. de ſponſal.* vt erroneum ſit, hoc iure ſponſalia *pura* eſſe de *præſenti*; tum etiam ratio iuris docet, *conditionem* ſpeciem negotii non mutare, ſed ad eius *accidentia* referendam eſſe, cum omnis conuentio poſſit fieri vel *pure* vel *in diem* vel ſub *conditione*, vt optime obſeruat COCCEIVS *de matrim. moment. ſect. III. §. 6.* Interim quia ſponſalibus *puris* in foris noſtris grauis controuerſia vtplurimum formatur, malui circa hæc, quæ etiam frequentiora ſunt, primario occupatus eſſe.

VI) Parum refert vtrum filia ſponſalia immediate contrahat, an vero pater nomine eius.

§. IX. Tandem VI) parum in hac controuerſia intereſſe arbitror, vtrum puellæ pater, ea annuente, ſe filiam locaturum nuptui promittat; an vero ipſa puella fidem de coniugio ineundo immediate det. Quamuis enim COCCEIVS *cit. l. §. 11. ſqq.* hic aliquid intereſſe, et hoc diſcrimen eſſe ponendum arbitretur, quod in ſponſalibus vertatur factum patris, ſe filiam locaturum nuptui ſpondentis: in nuptiis autem ipſum coniugium, vinculum et factum ſponſæ (dum ſcilicet coram parocho in eccleſia in *præſens coniugium* conſenſum edit) *quo ipſo*, pergit, *obligatur ad eius coniugii conſummationem, quæ proinde eadem differentia eſt ſponſaliorum de futuro et de præſenti; hæc enim nuptiæ ſunt ipſæ;* hoc tamen diſcrimen vel plane caret fundamento, vel hic applicari nequit. Nam I) non ſemper in ſponſalibus *factum patris* vertitur; quid enim ſi puella minorennis ſui iuris et pater mortuus ſit? quis negauerit eam ſponſalia contrahere, et dum ea contrahit, nondum ad *matrimonium* accedere *præſens?* II) Vbi vel maxime hodie, patre viuente, ſponſalia

ſalia ineuntur, non tamen amplius, vt olim iure Romano q), pater pro lubitu deſpondere poteſt filiam *l. 12. pr. de ſponſal.* Sed potius *factum ſponſæ* in ſponſalibus hodie prædominatur, adeo, vt quando illa in ea haud conſenſit, ſponſalia ſint nulla, nec vlla reſtitutione indigeant? Manent ergo *eadem* ſponſalia nec *diuerſa* conſtituuntur, ſiue filia in ea conſenſit ſola, patre mortuo: ſiue, eo viuente, filia conſenſum edat, patris facto ſimul concurrente. Quin quod III) ſi pater iuſtas diſſentiendi cauſſas nullas habeat, conſiſtorii decreto interueniente ſponſalia fieri poſſint, nullo facto patris concurrente; quamuis ne ſic quidem in matrimonium degeneret. Denique IV) ſi conſenſum puellæ in *præſens coniugium*, quam tempore hierologiæ edit, pro *ſponſalibus de præſenti* accipere volumus, ludimus in terminis et negotio præter neceſſitatem aliud affingimus nomen, quam par erat. Neque enim eo momento, quo hunc conſenſum edit, *ſponſalia* amplius ſubſiſtunt, ſed mox in *verum* tranſeunt matrimonium, quod *conſenſus coniugalis* conſtituit, non concubitus. *l. 30. de R. I. l. 15. de condit. et demonſtr. l. 66. de donat. int. vir. et vx.* Atque contra *coniugium legitime* in facie eccleſiæ contractum non dari reſtitutionem in integrum facile largior, cum illud hodierno iure *vinculum indiſſolubile* conſtituat, in quo omnes iuris interpretes vno ore conſpirant. HILLIGER *ad Donell. lib. XXI. c. 12. lit. f.* SFORT. ODDVS *de reſtit.*

Contra matrimonium non datur reſtitutio in integrum.

q) Quod optime illuſtrat CAROLVS ANNIBAL FABROTTVS *ex.* 10. Scilicet diſtinguendum erat inter filiam in *ſacris paternis* exiſtentem et *emancipatam*. Nomine eius ſponſalia pater inibat, cui filia regulariter reclamare non poterat, *l. 12. de ſponſal.* et ſic *factum patris* primario in his ſponſalibus aderat. In ſponſalibus vero ab emancipata contrahendis factum et *patris* et *filiæ* concurrebat, vt FABROTTVS eleganter illuſtrat, vt proinde nec de iure Romano ſolum *factum patris* ſponſalia conſtituat.

reſtit. in integr. P. 2. qu. 60. art. 1. et 2. LAVTERBACH *ad tit. de minor. §. 29.* STRVV. *ex. 8. th. 57.*

Rationes dubitandi contra reſtitutionem in integrum.

§. X. Hæc præmittenda eſſe cenſui, vt omnis euitaretur cauillatio, et de quo diſceptatio præſens ſuſcepta ſit, conſtaret. Pleroſque reſtitutionem in integrum puellæ, quæ *pure* ſine omni conditione de contrahendo matrimonio fidem dedit, denegaturos eſſe, facile præuideo, cum credant, eadem impedimenta hic concurrere, quæ denegant *reſtitutionem in integrum* contra ipſum *matrimonium.* Etenim I) diuerſam eſſe rationem contractuum aliorum et ſponſaliorum aiunt; in illis adeſſe vinculum *iuris humani;* ſponſalitiam autem obligationem *iuris diuini*, adeoque illam laxari poſſe mutuo diſſenſu, immo etiam mediante *reſtitutione in integrum* ex iuſta cauſſa tolli, non æque hanc, cum quos Deus coniunxit, homo minime ſeparare debeat. Si ergo ne quidem ex mutuo conſenſu ab illis recedere poſſunt ex ſententia STRVVII *in iuriſprud. lib. I. tit. VI. §. 18.* MEVII *P. 5. deciſ. 211. n. 3.* CARPZOVII *lib. III. reſp. 57. n. 6.* r) aliorumque, euidens eſt, plus roboris ſponſalibus ac quidem reliquis ineſſe conuentionibus, quod vnice ex *precepto Dei* deriuandum, quod hanc ſeparationem prohibet, et ita quoque iudici facultatem adimere cenſetur, puellam ex capite *ætatis* contra ea reſtituere in integrum, cum *illa, quæ ſpiritualia ſunt, facilius conſtruantur quam deſtruantur*, vt ait CARPZOV. *lib. 5. reſp. 108. n. 18.*

I) Quod in ſponſalibus obligatio ſit iuris diuini.

II) Quod contra matrimonium denegetur reſtitutio:

§. XI. Præterea quia II) iam conceſſum eſt, contra *matrimonium* denegari omne ætatis auxilium, merito quoque idem [illegible] dene-

r) Diſerte hic ait: *nec enim ſponſalia de præſenti* (ſub quibus *pura* intelligit) *ſolo ac nudo contrahentium conſenſu contrahuntur, vt præterea nudo viciſſim diſſenſu diſſoluantur, ſed a Deo colligantur, et ab ipſius auctoritate et voluntate dependent.*

denegandum eſſe videtur contra *ſponſalia pura*, adeo vt iuris nterpretes, dum contra matrimonium hoc auxilium locum habere negant, ne quidem de *ſponſalibus* quæſtionem moueant, ſine dubio exiſtimantes, idem de *ſponſalibus puris* dicendum eſſe, vt teſtantur auctores antea adducti, et in genere in *cauſſis matrimonialibus* hoc beneficium ætatis excludunt. Huius ſententiæ ſine dubio hæc ratio eſt, quod talia *ſponſalia* ſint et dicantur matrimonium *initiatum*, quippe quod ſolus conſenſus facit. Vnde etiam iure diuino ſponſæ quandoque appellantur *vxores*, vt *Gen. XXIX, 21. Deut. XXII, 24. Matth. I, 20. Luc. II, 7.* adeo vt ſponſa, alteri ſui copiam faciens, *adulterium* commiſiſſe dicatur, *Hoſ. IV, 13.* etiam ſecundum ius ciuile per *l. 13, §. 3. D. ad l. Iul. de adult.* Inde patres olim tradiderunt, ſponſam ab vxoribus quoad effectum *vinculi* non differre, adeoque valere argumentum a *matrimonio* ad *ſponſalia pura*, qualia teſtimonia collegit GRATIANVS in *C. 27. q. 2.* et pluribus illuſtrauit DARTIS *in comment. ad decret. cit. l.*

ſponſalia autem matrimonium initiatum.

§. XII. Primarium autem III) fundamentum diſſentientium inde eſt petitum, quod communiter tradi ſoleat, ſponſalia *pura* eſſe ſponſalia *de præſenti.* Ita cenſuit B. LVTHERVS in libello **von Ehe-Sachen** putauitque, ſponſalia tunc demum rectius dici *de futuro* poſſe, **wenn eine** conditio, **Anhang oder Auszug dabey geſetzet wird**, qua non adiecta, potius *de præſenti* dicenda, quod *verbis de præſenti*, non *conditione* ſuſpenſis, fidem dederit puella *minor.* Eandem ſententiam ICti proteſtantes poſtea propagarunt, et Theologi quoque in ſuos traxere vſus, vt oſtendit STRYKIVS *de diſſenſ. ſponſal. ſect. 1. §. 24.* quod vel ea ratione defendi poſſe cenſuere, quoniam diſcrimen, quod ius canonicum hic conſtituit, ſubtile et plus quam ſcholaſticum

III) Quod ſponſalia pura ſint de præſenti.

et in ſola verborum formula quæſitum eſt, tricas parere magis aptum, quam rei veritatem denudare. Iam vero ius canonicum decernit, ſponſalia *de præſenti* eſſe ipſum *matrimonium*, et in eandem ſententiam a noſtratibus quoque itum eſt communiori calculo. Ita docet pontifex in *c. 14. X. de conuerſ. coniug. c. 22. et 31. de ſponſal.* quod per verba *de præſenti* ipſum matrimonium perſonæ contraxiſſe intelligantur, adeoque *vinculum indiſſolubile*, quod omnem *reſtitutionem* excludit, conſtituatur. Ita cum pontifice rationes ſubducit CARPZOV. *lib. 2. iuriſpr. conſiſt. def. 17. n. 5.* aiens: *ſponſalia de præſenti pro nuptiis et matrimonio initiato licet nondum benedictione eccleſiaſtica firmato et conſummato habentur.* Inde nec *iuramentum* contra ſponſalia pura nec *tranſactionem* nec *compromiſſum* admittunt, vt ex vulgatis doctrinis tralatitium eſt, examinatis in diſſ. *de incongr. applicat. diſtinct. inter ſponſ. de præſ. et de fut. ad fora proteſt. c. II. §. 2.*

IV) Quod ſponſalia ſint negotium ſpirituale.

§. XIII. Vlterius IV) vel inde denegari poſſet reſtitutio in integrum puellis minorennibus, quod *ſponſalia* pura ſint negotium aliquod *ſpirituale* et *eccleſiaſticum*, humano arbitrio prorſus exemtum. s) *Deus enim*, vt ex mente diſſentientium ait STRYKIVS *de diſſenſ. ſponſal. ſect. 3. §. 11. eſt auctor coniugii et ſic quoque ſponſaliorum, ideoque magna deliberatione ad id accedendum nec permittendum, vt illi, qui ſemel fidem pure dederunt, rurſus conſilium mutare, et Dei fœdus ludibrio habere poſſint. Nam ſi viliſſimarum rerum pactionibus non ſtare nefas et indecorum habetur, nonne iniquiſſimum videbitur, pacta de fœdere matri-*

s) Generaliter porro docent interpretes in *ſpiritualibus* ætatis auxilium prorſus deficere, quod in his minor pro maiorenni habeatur. *c. 3. de iudic. in 6.* de quo agit COVARRVV. *lib. 1. reſol. c. 5.*

trimonii ſanctiſſime violare, vtpote quae non a contrahentium, ſed a Dei auctoritate dependent. CYPRAEVS *de ſponſal. c. 13. §. 11. n. 2.* Hac de cauſſa etiam hodie inter proteſtantes ſponſaliorum cauſſae in *conſiſtoriis* tractantur, indicio certiſſimo, eas cum reliquis negotiis *mere ciuilibus*, contra quae datur *reſtitutio in integrum*, conferri nullo modo poſſe. Haec quippe arbitrio hominum ſunt ſubiecta, non item illae, et ſic nec pro arbitrio iudicis reſcindi poſſe videntur.

§. XIV. Porro V) ſicuti fundamentum reſtitutionis in integrum vnice ex *aequitate* petendum eſt, *l. 1. et 7. de in integr. reſtitut. l. 1. d. minor.* ita iuſte dubitari poſſet, vtrum *aequitas* aliqua reſciſſionem ſponſaliorum ex capite *aetatis* ſuadere et admittere valeret? Metuendum forſan *ſcandalum inſigne*, ſi hi, qui fidem pure de matrimonio ineundo ſibi inuicem dederunt, ad inſtantiam vnius a ſponſalibus impune recedere permitterentur, quod tamen, indulta reſtitutione in integrum, neceſſario contingerit. Admiſſo enim vno alteroue exemplo, plures idem ius ſibi vindicarent, et mox ad *auxilium* hoc *aetatis* prouocarent. Ita vero nunquam ſecure cum *puella minorenni* ſponſalia contrahi poſſent, cui ſemper, ſi poſtea poenitentia tangeretur, ad hoc auxilium pateret aditus, quod tamen res peſſimi videtur eſſe exempli. Aequitatem autem talem conſtituere, quae haud caret *ſcandalo*, quae *ſanctiſſimum* hoc *foedus* violat, ludibrio habet tollitque, quae conſcientiam laedit, omni iuri aduerſum videtur, immo etiam a mente praetoris alienum, qui edictum de minoribus reſtituendis iuxta *l. 1. de minor.* propoſuit, *naturalem aequitatem ſecutus*, quae hoc in negotio ceſſare videtur; deficiente autem legis ratione, lex ipſa omni deſtituitur applicatione.

V) Quod aequitas hic deficiat.

Digitized by Google

VI) Quod cauſſæ matrimoniales ſint fauorabiles, quæ auxilium ætatis non admittunt.

§. XV. Hac de cauſſa VI) ſine dubio denegata fuit reſtitutio in integrum contra *dationem libertatis* obtentu *ætatis* petita, adeo vt ne quidem ſententia pro *libertate*, poſtquam in rem iudicatam tranſiit, reſcindi hoc remedio potuerit *l. f. C. ſi aduerſ. libert.* Ratio huius diſpoſitionis vnice petenda eſt ex *ſingulari libertatis* fauore, ob quem legiſlatores multa contra communes regulas ſtatuerunt, vt fatetur imperator in §. *f. I. de donat.* adeo vt commodo pecuniario eius cauſſam præferendam eſſe duxerint. §. *1. I. de eo cui libert. cauſ. bona addic.* Parem fauorem habent *cauſſæ matrimoniales*, quæ diſerte inter *cauſſas fauorabiles* referuntur in *c. f. X. de ſentent. et re iudic.* et cum *libertatis* cauſſa coniunguntur, vt *in dubio* pro illis pronunciandum ſit. Sicuti ergo contra libertatem non datur *reſtitutio*, ita nec contra *ſponſalia*, cum eundem habeant fauorem, vid. MANZIVS in *ſpecial. in iure comm. tit. matrimonii fauor et honor.* Denique cum non deſint argumenta reſtitutionem diſſuadentia et denegantia, illa merito præferenda argumentis reſtitutionem indulgentibus, cum *in dubio* pro *fauorabiliori cauſſa* eiusque conſeruatione pronunciandum. *cit. c. f.*

VII) Quod læſio in patrimonio hic ceſſare videatur.

§. XVI. Denique VII) quod potiſſimum hic ponderandum, omnis reſtitutio ex capite ætatis *læſionem* quandam ſeu *captionem* præſupponit, quæ rite probanda, vt abſque ea minori ea haud indulgeatur; *l. 5. C. de in integr. reſtit. minor. nec enim vtique, qui minor eſt, ſtatim et circumſcriptum ſe docet*, vt ait VLPIANVS *in l. 9. §. 4. de iureiur.* Læſio autem vix alia concipi poteſt, quam in *patrimonio*, cuius deminutio vel neglectum augmentum demum læſionem parit. Talis vero læſio in *ſponſalibus* deficere videtur, in quibus non agitur de commercio *rerum et bonorum*, ſed de *conſortio ſobolis procreandæ gratia inito*, de

amo-

amore coniugali, et *fide ſponſalitia.* Quomodo ergo puella minorennis probabit, ſe eſſe læſam et lubrico ætatis captam? Si poſtea diſplicet ſponſus, ſi mores eius ferre nequit, ſi diuerſum viuendi vſum deſiderat, ſi denique ex aliis cauſſis auerſum ab ipſo animum oſtendit, hoc ipſo nullam *læſionem* probat nec probare poteſt. Si obiieit, conditionem ſuam per tale matrimonium deteriorem fieri, vix audienda videtur, cum tantum de commodiori viuendi conditione ſollicita eſſe videatur, nec eo ipſo quoddam in *bonis* ſuis patiatur detrimentum. Contra *dotem* immodice conſtitutam quidem auditur et reſtituitur per *t. C. ſi adu. dot.* at vero in hac cauſſa læſio et quidem in *patrimonio* allegari et doceri poteſt, non item in ſolis ſponſalibus, *quæ ſimplicem faciendi obligationem* continent, nec vllam videntur *cauſſam bonorum* annexam habere. Deficiente itaque *læſione,* deficit quoque fundamentum reſtitutionis, et ita ex his argumentis ſtatuendum eſſe videtur, puellæ minorenni contra *ſponſalia pura* auxilium *ætatis* eſſe prorſum denegandum.

§. XVII. His obiectionibus reſtitutio in integrum contra ſponſalia *pura* in dubium vocari vel plane negari ſolet. Cum vero rationes adductæ id non euincant, quod euincere debebant, et præterea plures petant id, quod eſt in quæſtione, non denegandum eſſe minoribus *auxilium ætatis* crederem, ſi *iuſtæ circumſtantiæ* adductæ illud poſtulare videntur. Antequam autem hanc ſententiam idoneis argumentis exornem et confirmem, præmittam quorundam ICtorum aſſenſum, qui eandem ſententiam propugnarunt. Primus eſt STRYKIVS, ICtus magni nominis, qui *in not. ad* LAVTERBACH. et quidem ad *p. 83. tit. de minor. voc. matrimonium* ita cenſet: *Intelligendum hoc de matrimonio iam tum conſummato, quia in ſpiritualibus, quorſum*

Deciſio pro reſtitutione,

cum ICtorum quorundam aſſenſu vt Strykii,

ſum refertur matrimonium, omnis reſtitutio ceſſat. Dd. id quidem etiam ad ſponſalia extendunt; verum hic ſuccurrendum putarem. In ſponſalibus enim non adeſt vinculum indiſſolubile, quod propter vnitatem carnis in matrimonio, ex iuris diuini diſpoſitione, ſubeſt, ſed in nudæ conuentionis terminis ſubſiſtunt: et hinc nullum arctius vinculum habere poſſunt quam in quolibet alio honeſto pacto. Contra hoc autem reſtituitur maior. Alter et BROVWERVS qui in *tract. de iur. connub. lib. 1. c. 15.* ex profeſſo agit *de reſtitutione in integrum minorum, ſi conſtitutis ſponſalibus læſi dicantur,* ſimulque docet optime, qua ratione minores in ſponſalibus initis læſi dici queant. Tertius eſt GRÖNEWEGEN *de ll. abrogat.* ad *l. 1. C. de ſponſal.* vbi præmittit generalem doctrinam de *obligatione* ſponſalium, quæ id operatur, vt inuiti poſſint cogi ad conſummandum matrimonium, adiecta tamen hac limitatione: *ſaluo ſicut in ceteris contractibus, ita et hic minoribus 25. annis in integrum reſtitutionis beneficio.* Quartus eſt SIMON VON LEEWEN *in cenſ. for. P. 1. lib. 1. c. 11. n. 13.* qui frequens eſſe ait, vt minorennes contra ſponſalia ſicut contra alios contractus reſtituantur. Quintus eſt IOANNES VOETIVS *in in comment. ad pand. tit. de ſponſal.* §. 17. qui eandem ſententiam recepit, aſſerens, *quamuis minori 25. annis contra matrimonium iam contractum haud videatur indulgenda reſtitutio in integrum ad reſolutionem eius, tamen quantum ad ſponſalia attinet, minoribus aduerſus ea, ſicut aduerſus alios contractus damnoſos, ob iuſtas cauſſas auxilio ætatis ſubueniri.* Sextus eſt BERGERVS *in elect. proceſſ. matrimon.* §. 18. penitus ſubſcribens ſententiæ STRYKII aſſerensque, *in ſponſalibus non deeſſe rationem, quamobrem reſtitutioni locum concedamus; namque,* ait, *in illis vinculum indiſſolubile, quod propter vnitatem carnis in matrimonio ex*

Brouweri, *Grönewegii,* *Leewenii,* *Voetii,* *Bergeri,*

ex iuris diuini diſpoſitione ſubeſt, nondum cernitur, vt propterea vti aliud quoduis pactum ita et conuentio ſponſalitia, petita ex cauſſa aetatis in integrum reſtitutione, queat retractari. Denique hanc ſententiam quoque approbauit BRVCKNERVS in *deciſ. matrim. c. 1. n. 76.* BROVWERIANAM doctrinam laudando. Non ergo haec ſententia, vt vulgo creditur, tam inops omnis auctoritatis, quin potius praeſtantiſſimorum ICtorum ſuffragio ſuffulta eſt, vt eo ſecurius in ſcenam et forum prodire poſſit. *Bruckneri.*

§. XVIII. Et cur non tuta in forum et cathedram prodiret, cum 1) ex ſponſalibus contractis ſaepe alicui poſſit imminere praeiudicium futurum inſigne et admodum graue, quod declinari poteſt et auerti per reſtitutionem in integrum? Oſtendi id ipſum in §. *1. ſqq.* ex natura *matrimonii* et *ſponſalium*, et cum minores contra negotia *minoris praeiudicii* in integrum reſtituantur, cur denegandum iis eſſet *auxilium aetatis* contra inſtantem ſocietatem, quae naufragium irreparabile, iacturam omnis fortunae, et infinita alia incommoda ei adferre poſſet? Cum enim nauis adhuc in portu ſit, durum foret, minorennem adigere, denegato et ſubtracto omni ſubſidio, vt ſe in ipſum mare, ventis iam ita agitatum, vt probabiliter naufragium immineat, immittat, ſuamque ſalutem fluctibus hiſce incertis committat. Ideo *tutelam minorum* praetor, naturalem aequitatem ſecutus, ſuſcepit, vt, *quia inter omnes conſtat, fragile eſſe et infirmum huius modi aetatum conſilium, et multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum, contra captiones opitulationem iis polliceatur,* vt ait ICtus in *l. 1. pr. de minor.* Eſt videlicet in confeſſo, minores, maxime puellas, *perſuaſionibus* et *blanditiis* facile capi, vt quamuis nullo circumueniantur *dolo*, facile tamen ſine *matura deliberatione*, et omnium circum-

Rationes decid. 1) quod grauiſſimum minoribus imminere poſſit praeiudicium ex matrimonio,

contra quod praetor minoribus ſuccurrit,

quod facile in ſponſalibus capi queant,

cumſtantiarum neceſſaria conſideratione conſentiant, et ita ſe *capi* patiantur. Infinitæ iis ſtrui poſſunt inſidiæ, etiam ab amicis, cognatis, aliisque, quibus reſiſtere non ſemper poſſunt, ſed infirmæ iis ſuccumbunt, mox tamen animaduertunt, ſe captas eſſe *promiſſione præpropera*, ſeque in admodum ambiguum diſcrimen incidiſſe; cur itaque contra hanc *captionem inſidiasque* iis non eſſet ſuccurrendum? Fac, puellam quindecim vel ſedecim annorum peti a quodam in matrimonium: cognatos eandem ſollicitare, vt repromittat: amicos conditionem nubendi oblatam laudare, commendare, approbare: precum blanditiis variis infirmum puellæ conſilium oppugnare, illamque tandem in ſponſalia pure conſentire, adſtantibus cognatis aliisque teſtibus. *Capta* iam eſt, non quidem *dolo malo* amicorum et cognatorum, quem hic plane excludimus, ſed *perſuaſionibus, laudationibus, commendationibus*, in eiuſmodi negotio vſitatis; *capta* eſt *blanditiis* ſponſi hoc ſenſu, vt ſecundum hodiernum ius *vinculo iuris* adſtricta ſit, vt dici ſolet, ſie iſt gefangen. Cur itaque contra hanc *captionem* ei denegandum eſſet *ætatis* auxilium, ſi paullo poſt animaduertit, mores ſponſi, quos antea non ſatis examinauit probauitque, a ſuæ vitæ vſu eſſe alieniſſimos: ipſum ad *prodigorum* inclinare conſilia: rei domeſticæ non ſufficere: otio magis deditum eſſe, quam laboribus, reditusque adeo tenues habere, vt inde onera matrimonii, etiam dote ſuperaddita, ferre nequeat, adeoque per *matrimonium futurum* ſuam conditionem fieri deteriorem. Equidem hæc omnia et ſimilia perſcrutanda erant et ſedulo peruoluenda animo ante conſenſum purum in ſponſalia datum; in hoc ipſo vero *lubricum ætatis* conſiſtit, in hoc quærenda *conſilii infirmi facilitas*, quod abſque examine ſedulo et accurato ſe capi paſſa

fue-

fuerit puella, et ideo ad maius præiudicium auertendum *auxilium ætatis* recte implorat, poſtulat, vrget. Nec ſufficiens dari poteſt ratio, quæ iudicem ad denegandum hoc auxilium mouere poſſet. Quodſi enim non tantum prætor minoribus ſuccurrit, dum de *bonis* eorum aliquid minuitur, ſed etiam cum intersit eorum *litibus et ſumtibus non vexari*, vt ait ICtus in *l. 6. D. de minor.* in quo præiudicium tanti momenti non occurrit; quanto magis eis ſubueniendum eſt, ſi maius et grauius illis imminet periculum per *matrimonium futurum*, quod indiſſolubilem *ſocietatem* continet, et vnde *omnis vitæ ſalus* in poſterum dependet. Grauius nullum fingi et excogitari poteſt præiudicium, quam ſi in hoc negotio erratur, vbi obtinet illud: *non bis ad eundem.*

et prætor etiam in leuioribus ſuccurrit.

§. XIX. Præterea vero II) *ſponſalia pura* nihil in ſe continent, quod hoc auxilium ætatis excludit. Sicuti enim contra quæuis pacta, quibus ex *infirmitate conſilii* conſenſum dedit imprudens et temerarius minor, reſtituitur in integrum, *l. 7. D. de minor.* ita quoque contra *ſponſalia pura*, in quæ *imprudenter et temere* conſentit, reſtituenda eſt puella, cum arctius vinculum in his non deprehendatur. Id optime obſeruant auctores ſupra §. *16.* laudati, et ideo *auxilium ætatis* puellæ indulgent: id in primis eleganter expoſuit STRYKIVS in *tr. de diſſenſ. ſponſal. ſect. III. §. 19. ſqq.* et §. *23.* ex vero aſſeruit, *nullum aliud vinculum in his ſponſalibus ſubeſſe, quam conuentionis, quod obligandi efficaciam habet ex ſola partium voluntate.* Neque enim ſponſalia *pura* ſunt ipſum matrimonium, ſed *mentio et repromiſſio pura futurarum nuptiarum*, adeoque mediante *ſimplici conuentione* de coniugio ineundo contrahuntur. Deſunt adhuc omnes matrimonii contracti effectus, iura, et rationes, et infinitis

2) Quia ſponſalia a ceteris conuentionibus non differunt.

modis ſponſalia talia ab ipſo matrimonio differunt, vt oſtendi in diſſ. *de diuerſo ſponſalium et matrimonii iure.*

3) Quod in iis deſit ratio, quæ contra matrimonium reſtitutionem excludit.

§. XX. Ceſſat quoque III) in his ſponſalibus ratio, quæ *auxilium ætatis* contra matrimonia contracta non admittit. Duas omnino cauſſas adferre ſolent, quæ reſtitutionem in integrum contra contractum matrimonium impediunt, quas refert L. B. de LYNCKER *reſp.* 70. *n.* 22. *ſqq.* (I) quod matrimonium non modo ſit *cauſſa ſpiritualis*, in qua minoris imprudentia non attenditur; verum etiam (II) quod res per ſe et natura ſua, poſtquam perfecta eſt, *indiſſolubilis* ſit, qualia quæ ſunt, non niſi ex cauſſa eorundem congrua et iure in id definita, vt ſunt in matrimonio *cauſſæ diuortii*, reſcindi poſſunt. Vtraque ratio in ſponſalibus notorie exulat. Prima petita eſt ex principiis iuris canonici, quod matrimonio inſit *ſacramentum*, et inde *ſpiritualibus* accenſendum *negotiis*, quod tamen noſtrates reprobant in *matrimonio*; quomodo ergo in *ſponſalibus* hiſce id admitterent? cum hoc ne quidem eccleſiæ Romanæ aſſeclæ id in his *ſponſalibus* collocent. Ait pontifex in *c.* 5. *X. de bigam. non ordin. profecto coniugium illud, quod non eſt commixtione corporum conſummatum, non pertinet ad illud coniugium, quod inter Chriſtum et eccleſiam per incarnationis myſterium eſt contractum.* Iam vero *ſponſalia pura* tale coniugium, quod *commixtione corporum* conſummatum eſt, non ſunt, ergo hoc reſpectu ad *ſpiritualia* referri nequeunt. Agnoſcit t) imbecillitatem huius

Non iis ineſt reſpectus ſpiritualis.

t) Non æque eam agnouit CARPZOV. *lib. II. iuriſpr. Conſiſt. def.* 21. *n.* 7. admodum ieiune ita edisserens: *matrimonium non eſt contractus tantummodo ciuilis, ſed res conſcientiæ et tale negotium, cui character ſpiritualis eſt impreſſus - - Eſtque hinc matrimonium de cauſſis ſpiritualibus ſiue eccleſiaſticis c.* 9. *X. de haret. de quibus vere ait pontifex: ea quæ ſpiritualia*

huius rationis ipſe LYNKERVS *in anal. ad Struuii ſynt. iur. ciu. tit. de minor. p. 84.* aiens, *Spirituale quoque dicitur matrimonium. Sed tamen magis ob hoc reſtitutionem non admittit, quoniam habet vinculum humano iure indiſſolubile.* Agnouit idem pontifex in *c. 2. X. de ſponſal.* vbi de *ſponſalibus puris* diſertis agit verbis, admittit tamen, *mutuo conſenſu* ad inſtar alterius *ſocietatis* ea diſſolui poſſe, quod minime admiſiſſet, ſi in iis iam *ſacramentum* ſeu *ſpiritualem qualitatem* occurrere credidiſſet; immo nec argumentum a contractu *ſocietatis* adduxiſſet, ſi talia *pura ſponſalia*, quæ de *ineundo matrimonio* contrahuntur, iam *ſpirituali negotio* accenſenda eſſe cenſuiſſet. Præterea vero altera ratio euidenter hic ceſſat, quia ſponſalia pura *vinculum ſua natura indiſſolubile* non operantur, vt modo dixi et ex *cit. c. 2.* demonſtraui, ſed confeſſione omnium plures repudii cauſſas admittit, quæ minime cadunt in matrimonium iam contractum. Neque enim deſponſati puro conſenſu iam *vna caro* facti ſunt, vnde demum vera *vinculi indiſſolubilis* ratio petenda. Hac de cauſſa etiam pontifex in *c. 7. X. de conuerſ. coniug.* doctrinam ſaluatoris de non dimittenda vxore intelligendam eſſe cenſet *ſecundum interpretationem ſacri eloquii de his, quorum matrimonium carnali copula eſt conſummatum, ſine qua conſummari non poteſt.*

§. XXI. Equidem in alia omnia hac in deciſione iuit COCCEIVS *de matrim. moment. ſect. III. §. 25.* vbi ita philoſophatur: *Spon-* *Nec talia ſponſalia publica ſunt ipſum matrimonium.*

lia ſunt, et conſcientiam concernunt, facilius conſtruuntur quam deſtruuntur, *c. 2. X. de transl. epiſc.* quod ad ſponſalia quoque, etiam *conditionata*, applicat, ſine omni iuris præſidio. Quod iure canonico ad *ſpiritualia* negotia referantur ſponſalia, id inde factum, quod vt *res eccleſiaſtica* ad forum eccleſiaſticum fuerint tracta, quæ indiſtincte, per ſummum abuſum, *ſpiritualia* dicuntur.

Sponſalia publica de præſenti (qualia ſunt ſecundum eum, in quibus vertitur *ſponſæ factum*, ſeu quando conſenſum ſimpliciter dat in futurum coniugium adhibitis teſtibus) *et nuptiæ natura, forma et ſubſtantia ſua ſunt prorſus vnum idemque et æqualiter differunt a nuptiarum conſummatione, adeo vt propterea effectu quoque indiſſolubilis vinculi ea conueniant.* Putat nimirum, diſtinguendum eſſe inter *perfectionem nuptiarum ſubſtantialem* et *conſummationem.* Conſenſu *de præſenti* totam nuptiarum eſſentiam pleniſſime perfici, reliqua tantum ad nuptiarum iam contractarum *conſummationem* ſeu exſecutionem ſaltim pertinere. Ita vero præter omnem ſpem, cogitationem et opinionem ſponſa deſponſata nuptias contrahit atque contra intentionem ſuam in *matrimonium* incidit, a quo tempore ſponſaliorum adhuc aliena fuit. Quæ *publica ſponſalia* iuit, non de *præſente* coniugio ſed de *futuro* agit, cogitat, et conſenſum edit, vt vix concipi poſſit, qua ratione ICtus tam eximiæ eruditionis negotia tam diſtincta confundere potuerit. Fac, puellam ſui iuris, præſentibus curatore, cognatis aliisque teſtibus ſponſo pure fidem de ineundo matrimonio dare (prout hodie vtique ſponſalia celebrantur publica) ſine dubio ex mente B. COCCEII hæc ſponſalia erunt *publica de præſenti:* factum puellæ hic vertitur: teſtes adhibet: conſenſum ſimpliciter edit, ſed non in præſens coniugium, quod nec intendit nec intendere poteſt ex natura rei. *Sponſalitium conſenſum* edit, non *matrimonialem*, quem demum publice coram parocho in eccleſia edit, interrogata, vtrum ſponſum iam in maritum accipere velit? Id indicant formulæ conſuetæ in *proclamationibus* adhibere ſolitæ: **Es ſind auch Perſohnen vorhanden, welche gewillet ſind, in den Stand der Heil. Ehe zu treten, und werden demnach hiermit auf-**

aufgebothen zum erſten mahl: et paulo poſt: **wüſte nun jemand etwas, warum dieſe Ehe nicht vor ſich gehen könte, der wolle es bey Zeiten anzeigen, hernachmahls aber ſchweigen ꝛc.** Qui ergo ex communi hominum ſententia demum *nuptias* vel matrimonium inire *volunt;* qui tantum *propoſitum* contrahendi coniugii habent, de illis dici nequit, quod illud iam inierint. Atqui adhuc tempore proclamationis omnes deſponſati eo ducuntur propoſito, quod *velint* inire matrimonium, nuptias, coniugium: omnes diſponſati ſciunt, credunt, perſuaſiſſimum habent, ſe nondum conſenſiſſe in *præſens,* ſed in *futurum* coniugium, et iam in eo ſunt, vt in *præſens matrimonium* conſentire velint; num ergo talia *ſponſalia* cum *nuptiis* vnum idemque negotium ſunt, et *natura, forma* et *ſubſtantia* non differunt? id vero quam alienum ſit ab omni probabilitate, quilibet facile animaduertit. Habent ſponſalia *conſenſum:* habent eundem et *nuptiæ;* ſed in *diuerſum obiectum* occupatum, cum *futurum* et *præſens* non ſint vnum idemque.

§. XXII. Vt vero hoc eo euidentius fiat, addo IV) potiſſimum hanc rationem, quod qui omnem omnino *ſponſalibus puris* denegant aduerſus captiones opitulationem, in erronea hypotheſi ſubſiſtant, *ſponſalia pura publice* contracta eſſe *ſponſalia de præſenti;* de his vero in *c. 14. X. de conuerſ. coniug.* recte dici: *ex quo matrimonium inter legitimas perſonas per verba de præſenti contrahitur, illis viuentibus in nullo caſu poteſt diſſolui.* Inde SFORT. ODDVS *de reſtit. in integr. p. 2. qu. 59. art. 2.* negauit, contra *ſponſalia de præſenti* dari minoribus reſtitutionem in integrum; *nam conſenſus eſt ille, qui perficit matrimonium, et ad ſubſtantiam matrimonii ſufficit coniunctio, quam facit mutuus conſenſus contrahentium per verba de præſenti: ego te accipio,*

4) Quod erronee ſupponatur ſponſalia pura eſſe de præſenti, quæ irretractabilia ſunt.

pio; et per verba ſacerdotis: ego vos coniungo in nomine patris etc. vnde Deus per manus ſacerdotis dicitur coniunxiſſe abſque alia copula carnali. Addit tamen, pontificem reſtitutionem contra *ſponſalia* concedere poſſe ex cauſſa prægnante, quod hic in iure diuino poſſit diſpenſare.

Cum tamen ſponſalia talia de iure canonico ſint de futuro,

§. XXIII. Ita vero noſtrates *definitiones* ſponſalium *de præſenti* et *de futuro* mutant, concluſiones tamen eaſdem retinent, quas pontifices ex diuerſis principiis ſuis ſponſalibus *de futuro* vel *de præſenti* attribuerunt. Faciamus periculum, vt manifeſtum fiat, quam grauiter erretur in applicatione. Aiunt Pontificii, interprete CORVINO *in aphor. iur. can. tit. de ſponſal.* §. 4. *ſponſalia de futuro (quæ proprie ſponſalia) ſunt promiſſio futurarum nuptiarum per verba futuri temporis: vt ego te in vxorem ducam.* Idem confirmat pontifex in *c. pen. X. de ſponſal.* additque in *c. 2. X. eod.* talia ſponſalia *pure et ſine omni conditione* iniri poſſe. Dantur ergo de iure canonico *ſponſalia de futuro pura,* quæ, interprete CORVINO *cit. l.* §. 16. tunc contracta cenſentur, *cum vir et mulier ſimpliciter pure et abſolute ſe inuicem futuros coniuges pollicentur.* Atque hoc ipſum in omnibus ſponſalibus publice contractis apud proteſtantes fit et peragitur, ſi *pure* ſponſalia contrahuntur, quia tunc, adhibitis teſtibus, *de matrimonio contrahendo pure et ſine omni conditione* fidem dant, vt *ſponſalia de futuro pura* definit pontifex in *c. 2. cit.* quod indicium præbet, ſponſalia noſtra *publica pura* in ſenſu iuris canonici eſſe *de futuro* i. e. coniugio, non vero ipſum matrimonium. Grauiter ergo errant, qui talia ſponſalia, ideo quod ſint *pura*, *de præſenti* appellant, h. e. quod *præſentem conſenſum* non conditione ſuſpenſum ediderunt; quam aliena enim hæc doctrina a mente iuris canonici ſit, quilibet facile

facile iudicabit. Illis enim dicuntur ſponſalia *de præſenti*, quibus conſenſus *de præſenti coniugio* interponitur, ea mente, non vt mox vna caro fieri velint, ſed quo nexus promiſſionis fiat indiſſolubilis. *Conſenſum* enim *matrimonialem* facere matrimonium, recte cenſuerunt, adeoque ab eo momento nexum indiſſolubilem incipere crediderunt, quo quouis modo *conſenſum coniugalem* edunt, ſiue per ſubſequentem concubitum, ſiue per voluntatis declarationem ſeriam: Ich nehme ihn hiemit an und erkldre ihn vor meinen Ehemann, daß er von nun an nicht mehr mein Bräutigam, ſondern Ehemann ſeyn ſoll. Tales formulas excogitarunt clerici, quo eo magis caperentur puellæ, ne poſtea a ſponſalibus recedere poſſent; inde ab eccleſiæ Romanæ addictis commendari, præſcribi et vrgeri ſolent, maxime inter magnates, inter quos ex diſſolutione ſponſaliorum varia ſolent ſequi incommoda.

et longe aliter hoc ius definit ſponſalia de præſenti.

§. XXIV. Optime id illuſtrat M. IACOBVS MOTZIVS, Legatus FRIDERICI III. in oratione coram ALPHONSO rege Portugalliæ habita, et a FREHERO *tom. II. ſcript. rerum Germ.* relata, pro ſorore eius imperatori deſponſanda, vbi ipſi præſcribit formulam *de præſenti* hanc; *ego infantula domina Leonora recipio Fridericum regem Romanorum in meum maritum bonum et legitimum, ſicut mandat ſancta eccleſia Romana, in perſona tui Magiſtri Iacobi Motz, tui ſufficientis procuratoris ad hunc actum.* Vice verſa quoque Magiſter Motz nomine imperatoris verba de præſenti ita edidit: *et ego prænominatus M. Iacobus Motz nomine præfati Friderici Regis Romanorum tanquam procurator eius ad hunc actum legitime conſtitutus recipio te infantiſſam dominam Leonoram, in ſuam legitimam vxorem, ſicut mandat ſacra eccleſia Romana.* Quis vero inter proteſtantes ſponſalia publica

Quod illuſtratur exemplis.

ea ita contrahit, vt in his mox declararet *conſenſum coniugalem?* quis hac captione et decipula vtitur? Ignorant fora noſtra, teſte experientia, hanc praxin, et ſic etiam talia *ſponſalia de præſenti.* Sic etiam in *pactis dotalibus*, quæ ante nuptias regulariter conficiuntur, olim verba *de præſenti* adhibere ſolebant, quo eo validior nexus ſponſalitius redderetur. Exemplum talium pactorum habet D'ACHERI *tom. VIII. ſpicileg. p. 259.* vbi ſponſa et ſponſus hac formula vtuntur: *Ego Saura vos Petrum de Pinoſio in legalem maritum habere cupio, neque ipſam vobis trado legalem vxorem - - - Simili modo ego Petrus de Pinoſio cupio vos dictam Sauram in legalem vxorem habere et me ipſum in legalem maritum vobis trado.* Quis vero inter proteſtantes hac ſimiliue formula vtitur in pactis dotalibus? Notæ ſunt pactorum formulæ conſuetæ, plenius recenſitæ a VOLCKMANNO *de informat. aduoc. et notar. P. 1. cap. 44.* vbi *n. 2.* hæc occurrit: **es verſprechen erſtlich beyde Verlobte im Nahmen GOttes einander zur Ehe zu nehmen, zu haben, und zu behalten, und ſolches durch prieſterliche** copulation **förderlichſt zu vollenziehen ꝛc.** Inde in iiſdem pactis ſæpe vocantur **künftige Eheleute, vielgeliebte zukünftige Ehe-Gemahlin** et quæ ſunt aliæ huius farinæ formulæ, a præſenti coniugio adhuc alienæ.

Secundum ius canonicum ſponſalia pura poſſunt diſſolui.

§. XXV. Cum ergo ius canonicum tantum iis ſponſalibus, quæ dicto modo per verba *de præſenti* h. e. coniugio contrahantur (vid. *c. 25. X. de ſponſal.*) nexum indiſſolubilem tribuat, et vnice de iis aſſerat, quod *legitimum coniugium* contineant, ideo quod *conſenſus coniugalis*, licet *priuatim*, iam editus ſit; non ſatis prouide agunt, qui ſponſalibus *puris* et publice inter proteſtantes contractis eandem legem præſcribere volunt, ideo quod ex *errore* dici ſoleant *de præſenti.* Si rem ſecun-

cundum iuris canonici principia æſtimare intendimus, hæc *de futuro* appellare, atque *nexum indiſſolubilem* ab iis remouere debemus cum pontifice in *c. 2. X. de ſponſal.* et tandem concludere, ſponſalia *de præſenti* talia, quæ exſtruxit ius canonicum, nobis *fere* eſſe incognita et inuſitata, adeoque eorum iura in applicatione eſſe euitanda, quæ nimis incaute vtplurimum ſequitur CARPZOVIVS, eademque *ſponſalibus puris publice contractis* applicat, ex quo errore quoque dogma illud natum eſt, contra talia ſponſalia denegandam eſſe reſtitutionem.

§. XXVI. Denique, quod V) addendum eſſe arbitror, explorati iuris eſt, minoribus etiam, mediante *ætatis* auxilio, Prætorem ſuccurrere in illis cauſſis et negotiis, quæ alioquin ægre et difficulter diſſoluuntur, ſed magnam habent auctoritatem et grauiſſimum pondus. *Rei iudicatæ* efficacia eſt tanti ponderis et momenti, vt ſimpliciter ius faciat inter partes, irretractabiles effectus producat et *perpetuam firmitatem* habeat; *l. 2. 4. 6. C. de re iudic.* nihilominus tamen minores contra illam reſtituuntur. *l. 1. C. ſi aduerſus rem iudic.* Non minor eſt *tranſactionum* vigor, vt nullo ſub colore reſcindi queant, ne lites reſuſcitentur, *l. 16. 19. C. de tranſact.* cum non minorem quam *res iudicatae* habeant auctoritatem *l. 20. C. eod.* et tamen itidem minori indulgetur reſtitutio in integrum contra tranſactionem, probata læſione. *l. 1. C. ſi adu. tranſact.* *Vſucapionis* inſignis fauor eſt, ex ratione *vtilitatis publicæ* ei tributus, et tamen minores contra eam reſtituuntur, *t. t. C. de vſuc.* vt alia æque grauiſſima negotia, in quibus nexus firmiſſimus et diſſolui neſcius deprehenditur, non tangam. Meo certo iudicio *ſponſalia pura* vix tantam auctoritatem ſibi vindicare poſſunt ac quidem *res iudicatæ*, *tranſactiones* et *vſucapiones*, in quarum reſciſ-

5) Quod minores reſtituantur etiam contra negotia, quæ alias difficulter retractantur.

ſciſſione *bonum publicum* quodammodo offenditur et *ſalus reipubl.* detrimentum capit, non item in *diſſolutione* ſponſalium priuata, in qua tantum priuatum ius alterius læditur, minor autem a læſione immunis præſtatur.

Reſponſio ad dubium primum, §. XXVII. Ita vero ſimul iam remoui dubia ſupra adducta contra hoc ætatis auxilium. Primum petitum eſt a *diuina qualitate*, quæ ſponſalium nexui ineſſe creditur. Sed recte regerit STRYKIVS *de diſſenſ. ſponſal. ſect. III. §. 29. velim oſtendatur iuris diuini ſanctio, qua homo magis ad fidem ſponſaliorum quam alterius pacti honeſti implementum conſtringatur.* His adiungo ea, quæ §. XIX. circa *ſpiritualitatem putatiuam* ſponſalium obſeruaui monuique, vt huic dubio longius immorari non opus ſit. *ad ſecundum,* Alterum ex illo præiudicio deſumtum, quod *ſponſalia* iam ſint *matrimonium*, quo nihil falſius fingi et excogitari poteſt. Quæ in vno vel altero conueniunt, non ſtatim ſunt eadem, ſed diuerſa adhuc negotia manent, quod diuerſiſſimi effectus inter *ſponſalia pura* et *matrimonium* intercedentes oſtendunt. *ad tertium,* Tertium, quod fere palmarium eſt, petitum eſt ex doctrina iuris canonici *de ſponſalibus de præſenti;* quam incongrue vero huius applicatio ad ſponſalia *publica pura* fiat, modo fuſius dictum et expoſitum eſt. *ad quartum.* Sic quoque in quarto argumento fruſtra ſupponitur, ſponſalia pura mutuo diſſenſu diſſolui non poſſe, quod tamen ipſum canonicum ius admittit in *c. 2. X. de ſponſal.* et recta ratio confirmat. Fuſiſſime et ſolide hanc ſententiam exponit, variis argumentis exornat, atque ab omnibus liberat dubiis STRYK. *cit. l. ſect. III. §. 8. ſqq.* vt mihi hac in re otium fecerit, præſertim cum idem iam demonſtrauerim in diſſ. *de iuſt. repud. cauſ.* ab init.

§. XXVIII.

§. XXVIII. Illa vero duo argumenta, quæ a defectu *æquitatis* et *læſionis* deſumta ſunt, parum ponderis in ſe habent. Quæ æquitas in genere pro *reſtitutione minorum* militat, etiam in hoc caſu militat, cum diuerſitatis ratio dari nequeat. Si (α) metum *ſcandali* obiicis, regero, conſiſtorium prudentius hoc remedium puellæ captæ indulgere pro auertendo futuro ſcandalo multo grauiori, quam denegare ſub prætextu ſcandali putatiui, quod ex *reſtitutione* metuitur. Neque enim quod *æquitate* ſolida ſubnixum, *ſcandalum verum* operari poteſt, ſed quandoque tantum *ſcandali vmbram* habere videtur. Perpende miſeriam puellæ temere et imprudenter in ſponſalia *pura et publica* conſentientis, cui, ſi ad matrimonium inuita trahitur, nil niſi calamitates, connubium infauſtum, et diſpendium fortunarum imminent, quam graue ſcandalum autem inde poſtea metuendum ſit, quilibet facile ex hominum moribus æſtimabit. Si (β) *conſcientiæ rationem* vrges, quæ non permittat, vt conſiſtorium, quod *conſcientiæ* rationem vnice habere debet, ex capite *ætatis* reſciſſionem ſponſalium decernat; reſpondeo 1) non lædi conſcientiam, ſi puellæ ex lubrico *ætatis* captæ, et pro declinando grauiori malo laboranti ſuccurrat iudex eccleſiaſticus, nec puellam contra *conſcientiam* hoc auxilium inuocantem agere; quia eam infirmum conſilium et imbecillitas iudicii, quod in *re tam ardua* omne fert punctum, excuſat. 2) Omnem *reſtitutionem* minoribus a conſiſtorio etiam in aliis cauſſis denegandam eſſe, ſi *conſcientiæ* vulnus ſemper infligeret, quod tamen ne quidem Canoniſtæ admittunt: vid. COVARRVV. *cit. l.* 3) Iudicem multa conſcientiis litigantium relinquere debere, quippe quæ per *leges* non ſemper regitur, quibus primario *tranquillitas publica*, quam infauſta connubia admodum turbant,

Non deficit hic æquitas, nec ſcandalum metuendum, nec conſcientiæ violatio,

bant, curæ cordique eſt, quamque conſiſtorium quoque ob oculos habere debet in applicandis *legibus eccleſiaſticis.* Si (γ) obiicis, *rem peſſimi* exempli, abuſum tantum huius remedii notas, non legitimum tollis vſum. Paulus in *l. 24. §. 1. de minor.* in omni *auxilio ætatis* hoc æquilibrium commendauit: *non ſemper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, reſcindenda, ſed ad bonum et æquum redigenda ſunt, ne magno incommodo huius ætatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque niſi aut manifeſta circumſcriptio ſit, aut tam negligenter in ea cauſſa verſati ſint, prætor interponere ſe non debet.* conf. *l. 12. §. 1. de admin. et peric. tutor.* Si denique (δ) *fauorem ſponſaliorum* vrges, ego reſtitutioni in integrum ſingularem immo maiorem fauorem ineſſe regero. Alioquin enim nec contra mulierem fideiubentem, nec contra rem iudicatam, aut tranſactionem ei ſuccurreretur. Habent *ſponſalia* non æqualem cum *matrimonio* fauorem: huic canones ob *ſpiritualem qualitatem* fauent: de *ſponſalibus* puris non idem aſſeritur. Denique non omne, quod aliquem fauorem habet, excludit reſtitutionem in integrum ex capite *ætatis*, nec argumento a *libertate* deſumto hoc probatur.

nec res peſſimi exempli ſtatuitur,

nec fauor ſponſaliorum reſtitutioni reſiſtit.

Non deeſt hic læſio.

§. XXIX. Denique hic læſionem nullam vel ad minimum talem doceri non poſſe, quam *reſtitutio* poſtulat, admodum erroneum eſt. Graue præiudicium, quod ex infauſto connubio alicui imminet, ſupra iam §. XIX. ante oculos poſui, et quis negauerit, graue quoque diſpendium patrimonii et bonorum cladem ex matrimonio imprudenter contracto imminere poſſe. Etenim non tantum *præſens* damnum, ſed etiam *imminens* et probabiliter certum, denique *graue fortunarum periculum* talem læſionem continet, ob quam prætor reſtitutionem indulget.

get. Ait ICtus in *l. 44. de minor.* minores SVA FACILITATE deceptos reſtitui, *ſi quod habuerunt, amiſerunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiſerunt, aut ſe* ONERI, *quod non ſuſcipere licuit, obligauerunt.* Atque ad talia *onera*, quæ ſuſcipere non licuit, *ſponſalia* illa referenda ſunt, ex quibus puellæ quietis, fortunarum, et propriæ ſalutis diſpendium imminet. Conf. BROVWER *cit. l. n. 7.* Denique ex *L. 41. D. de recept. qui arbitr. recep.* liquet, etiam minorem, arbitrum acceptum, reſtitui, ne poſſit cogi ad ſententiam dicendum, *ſi temere auditorium receperit.* Quodſi ergo contra *factum temere ſuſceptum* reſtitutio locum habet, quod vix *cauſſam bonorum* habere poteſt; quanto magis contra *deſponſationis factum*, quod longe plus *periculi* in ſe continet, quatenus hæc *temere* facta eſt.

§. XXX. Vltimum diſſentientium fundamentum inde peti communiter ſolet, quod *minores* in ſpiritualibus pro *maiorennibus* habeantur; maiorennes autem ex capite *ætatis* reſtitutionem amplius nullam habent, ſi vel maxime *per fictionem iuris* tales ſunt. *Arg. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vendit.* Enim vero 1) ſupra iam oſtendi, in ſponſalibus hiſce puris nullum ineſſe *ſpiritualem* reſpectum, non magis ac in aliis pactis atque conuentionibus, adeoque regula vulgata, ſi vel maxime *vniuerſalis* eſſet, male ad hæc ſponſalia applicatur. 2) Ratio adducta haud *vniuerſalis*, ſed ita capienda eſt, vt *certo reſpectu* et *ſecundum quid* minores in *ſpiritualibus* ſeu *eccleſiaſticis* cauſſis paria iura cum maiorennibus habeant, maxime quæ *ſolemnia negotii* et *formam proceſſus*, deſiderant, v. c. vt abſque curatore in his cauſſis agere et perſonam idoneam ſtandi in iudicio habere queant. Atque adeo ex hac ita limitata ratione admittit

In hac cauſſa minor non habetur pro maiorenni.

COVARRVVIAS *cit. l.* minorennem etiam reſtitui poſſe contra *temerariam reſignationem beneficii eccleſiaſtici*, vtut hæc pro *cauſſa ſpirituali* habeatur. Argumentantur itaque, qui hoc ratiocinio vtuntur, a dicto *ſecundum* quid, ad dictum *ſimpliciter*, in quo plures ſæpiſſime falluntur, cum illa, quæ in vno vel altero conueniunt, non ſtatim *eadem* cenſenda ſint, aut in omnibus in vniuerſum æquiparanda.

Reſtitui poteſt minor, ſi vel maxime cum curatore et teſtibus adhibitis ſponſalia contraxit.

§. XXXI. Neque vero hoc auxilium denegandum, ſi vel maxime cum conſenſu curatorum et cognatorum *ſponſalia* contraxere minores *l. 2. §. 3. C. ſi tut. vel, cur. interu.* quod potiſſimum iis in locis obſeruandum, vbi *curatoris conſenſus* ad ſponſalia deſideratur, quem non deſiderat ius ciuile. *l. 20. de rit. nupt.* Nam etiamſi vel maxime talia ſponſalia ſint *publica*, teſtibus interuenientibus contracta, inde tamen nihil amplius euincitur, quam ea ſecundum formam præſcriptam valida eſſe, qualia demum *reſtitutio in integrum* deſiderat. Nec obſtat, quod in iis læſio non præſumatur, qui cum conſilio cognatorum et in præſentia teſtium celebrarunt ſponſalia; hanc enim præſumtionem veritas, probata captione, tollit atque elidit, cum vel horum perſuaſio omnem captionis cauſſam conſtituere et puellam inducere potuit, vt ad conſentiendum prona eſſet, atque facilis, quæ *facilitas* ei auxilium ætatis ſuppeditauit. Reliqua, quæ in genere de *reſtitutione minorum* tradi ſolent, non tangam, vtpote quæ facile ad hanc doctrinam applicari poſſunt, et a BROVWERO *cit. l.* plenius iam expoſita ſunt.

EXER-

EXERCITATIO XXXV.

AD LIBR. V. PAND. TIT. I.

DE IVDICE PROCEDENTE EX OFFICIO IN CAVSSA CIVILI

CAPVT I.

DE OFFICII IVDICIS INDOLE.

ARGVMENTVM.

§. I. Expedit poteſtatem iudicis extendere in litibus dirimendis. II. Officium iudicis quid? III. Officium iudicis pedanei. IV. Officium Prætoris. Origo implorationum officii iudicis. V. Diſtinctio inter officium nobile et mercenarium. VI. Vis et poteſtas clauſulæ ſalutaris expenſa. VII. Vſus eius in defectu actionis ſolemnis. VIII. Notatur ſententia doctorum, qui implorationem iudicis concedunt, negato iuris remedio. IX. Vis huius implorationis in dubio iuris remedio. X. Iudex in cauſſa ciuili officium non impertitur niſi imploratus. XI. XII. Quando non rogatus ex officio procedat?

§. I.

Cauſſidicorum artibus proceſſus ciuiles admodum turbari, publicæ ſunt querelæ et quotidianæ, vnde non poteſt non res et publica et priuata inſignem iacturam capere. Quodſi tamen rationes, quod hoc malum

Ingreſſus de vtilitate huius materiæ.

malum latius quotidie ſerpat, inueſtigamus, in confeſſo eſt, iudices ſæpe nimium indulgere Aduocatorum auſibus temerariis, et re vera officio ſuo deeſſe, quo ſi debito modo vbique vterentur, turbæ tales vel præcaueri, vel ad minimum in herba ſupprimi poſſent. Eſt vtique officium ius dicentis latiſſimum, et potiſſimum huc directum, vt lites, quantum fieri poteſt, abbreuientur, et impedimenta, quæ lites remorantur, e medio tollantur. Immo, ſi dicendum quod res eſt, expedit omnino, *poteſtatem iudicis* in noſtris foris magis dilatare, quam ad formulas, vti olim, adſtringere, quo *ex officio*, etiam non rogatus illa agat, quæ litibus abbreuiandis inſeruiunt. Et huc vnice ſcopus tendit, quem in enucleando hoc argumento mihi propoſui; et quamuis haud ignarus ſim, ZAVNSCHLIFFERVM, ICtum Marpurgenſem præſtantiſſimum, *in tr. de officio iudic. ſuppletor.* hanc prouinciam iam præoccupaſſe, et, quæ huc facere poſſunt, congeſſiſſe, vbertas tamen et dignitas huius doctrinæ ita comparata eſt, vt quotidie producat nouas meditationes et concluſiones, et ſic alienæ induſtriæ adhuc aliquid relictum videatur.

Officium iudicis quid denotet?

§. II. Officium quidem *in genere* eſt *facere quod debeat*, prout ait SENECA *lib. II. controv. 5.* vel ex mente Stoicorum, eſt *actio cum ratione vel legibus, in primis naturalibus, conueniens, et ad eas attemperata* vid. BVDDEVS *in Theolog. morali P. II. proleg. §. 5. in not.* SAMVEL RACHELIVS *ad offic. Cicer. lib. I. p. 18.* Qui terminus cum Stoicis familiaris fuerit, non adeo mirandum, ICtos quoque Romanos, Stoicæ philoſophiæ addictos, hac voce ſæpius vſos fuiſſe. Proinde quando *de officio iudicis* in ſpecie mentio iniicitur, *actionem iudicis* deſignat, *quatenus ad normam æquitatis naturalis compoſita eſt, vtut nec expreſſe formula præſcripta hoc iubeat, nec litigantes id vrgeant,*

nec

nec in obligatione expreſſe ea de re cautum ſit. In *l. 7. D. de negot. geſt.* notanter dicitur: *tantundem in bonæ fidei iudiciis OFFICIVM IVDICIS valet, quantum in ſtipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.* Hic perſpicue *officium iudicis* æquiparatur ei, quod *expreſſum* eſt, dum æquitas id poſtulat. Similiter in *l. 13. in f. de act. emt. V.* ICtus ait, vſuras in emtione venditione non eſſe in *obligatione,* (ſeu expreſſe promiſſas) ſed tamen *officio iudicis* præſtari, quo ipſo rurſus apparet, officium iudicis comparari *expreſſæ promiſſioni*, ex ratione æquitatis naturalis. Pari ratione in *l. 25. §. 8. D. de edict. ædil.* de fructibus adiudicandis diſponitur, hoc adhibito temperamento, vt eos adiudicare *ex officio* poſſit, qui poſt iudicium acceptum ſeu L. C. liquidantur, non ante; *ea* enim, *quæ ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, niſi fuerint ei nominatim iniuncta* ſcil. a prætore in formula. conf. *l. 21. §. 3. D. de pecul. l. 9. §. 7. D. quod met. cauſ. l. 7. §. 4. in f. D. quod vi aut clam. l. 73. D. de procurat.* Non rectius hæc, quam ex antiqua proceſſus forma, intelligi poſſunt. Prætores regulariter ipſimet dirimendis litibus haud vacabant, ſed ab eis tantum petebantur *actiones* ſeu *formulæ* agendi, et *iudices,* qui *notioni* a prætore præficiebantur. De horum poteſtate multa erat diſputatio apud Romanos: quandoque vltra formulæ limites expreſſos progredi non poterant; quandoque liberius, *ex æquo et bono*, procedere et agere poterant, quæ ipſis nominatim non eſſent iniuncta, ab æquitate tamen ſingulari commendata. Hoc in *b. f.* iudiciis vſu veniebat; illud in *ſtricti iuris* negotiis. Sic ſi quid dolo factum erat in bonæ fidei iudiciis, de eo decernere poterant *ſine prætoris ſubſidio et opera, mero iudicis officio*, vt ait GERARD. NOODT *de formul. emend. dol. mal. c. 7. p. 34.* et ita ad *iudicis officium* perti-

 nere

nere dicebantur, quæ non erant ei a prætore iniuncta vel in formula præſcripta, ad æquum tamen referenda, vel erat *actio iudicis ad iuris naturæ et æquitatis normam directa* et *compoſita.* E contrario in *ſtricti iuris* iudiciis ea, quæ non palam erant expreſſa et formulæ inſerta, ad *officium* iudicis pedanei non pertinebant. *l. 8. D. de eo quo cert. loco l. 99. de V. oblig.* Sic qui in ſtipulatione deceptus erat, ſtricto iure obligabatur. Actori parata erat actio, non obſtante dolo, cuius forſan in formula ſtipulationis mentio haud erat iniecta. Et quamuis GALLVS AQVILIVS formulam *doli mali* propter negotia ſtricti iuris introduxerit, ea tamen ſpeciatim a prætore, ad inſtantiam rei, iudici pedaneo erat præſcribenda: hoc non facto, ſi vel maxime reus dolum probaret, tamen condemnabatur, quia ad *officium iudicis* in ſtricti iuris negotiis non pertinebat, de eo decernere, quod formulæ haud eſſet inſertum. GERARDVS NOODT *cit. l. c. 5.*

Officium iudicis pedanei qua ratione olim ſeſe exſeruerit.

§. III. Quæ cum ita ſint, conclamatum eſt, in iure Romano, quando *de officio iudicis* mentio iniicitur, non de eo, quod magiſtratus, qui iuriſdictione præditus eſt, facere debeat, quæri, ſed de *iudicum pedaneorum* poteſtate, quouſque officium eorum ſeſe extendat circa ea, quæ formula diſertis verbis haud continentur. Quando enim ex ratione æquitatis naturalis iudicare et vltra formulæ limites progredi poſſunt, ea *ad officium* pertinere dicebantur. Quando vero adſtricti ſunt formulæ cancellis, ea, quæ expreſſa non ſunt, *ad officium* eorum non pertinere, dicebantur. Porro, quæ in ſtricti iuris iudiciis exceptiones proditæ erant, ſpecialiter impetrari debebant, cum, reo haud inſtante, *pura formula* daretur: ceterum in bonæ fidei negotiis non neceſſe erat, a Prætore hæc, quæ æquum

et

et bonum requirebant poſtulare, ſed *iudicis* pedanei *officio* reſeruabantur. Neque tamen dubium eſt, quin iudex pedaneus non aliter cognoſceret, niſi rogatus, vel ſi aliter ex probatis et actis de eo conſtaret. Ita cautiones iudiciales dicuntur, *quae a mero iudicis officio* proficiſcuntur; *l.* 5. *pr. de V. Obl.* veluti de dolo cautio, vbi tamen inſtantia eius, cuius intereſt, excludi non poteſt. Illa tantum ſuberat differentia, quod, quæ ad *officium iudicis* non pertinere, dicebantur, a prætore ſpecialiter petenda et in formula exprimenda erant *l. 7. D. de negot. geſt.* alioquin iudex pedaneus *ex officio* de iis decernere non poterat, vtut vel maxime reus illa vrgeret. *Scilicet ad inſtantiam partium.*

§. IV. Præterea quædam dicuntur *a mero Prætoris officio* proficiſci, vt cautio damni infecti *l. 5. pr. D. de V. Obl.* quia in hac determinanda non iudicis, ſed prætoris *officium* verſabatur *l. 4. pr. D. de damn. inf.* quamuis *poſtulatio* præcedere *l. 4. §. 8. eod.* vel officium prætoris eiusque *cognitio implorari* deberet *l. 2. §. 1. D. vt in poſſeſſ. legat.* vnde totum negotium dependebat. *l. 24. in f. de minor.* Videlicet quicquid ad *cognitionem prætoris* pertinebat, *officio* eius contineri dicebatur, ſeu ibi prætor *ex legum præſcripto* agere debebat. Cognitio prætoris vel *ordinaria* erat, vel *extraordinaria.* Illa obtinebat in *actionibus* et *proceſſu ordinario*, vbi cognoſcebat, vtrum actio danda an deneganda? et ita hoc *officio* eius contineri dicebatur *l. 27. pr. de V. Obl.* et quæ alias *in iure* prætor agere debebat, antequam iudicium acciperetur. Sæpius enim actiones non dabant, niſi *cauſſa cognita*, *l. 9. §. 5. D. de dol. l. 2. de popul. action. l. 15. §. 34. et 44. de iniur.* *Extraordinaria* cognitio locum habebat, vbi deficiebat *actio* et *formula agendi*, prætor tamen imploratus, non dato iudice pedaneo, nec formula præſcripta, leuato velo de *Quædam etiam dependebant ab officio prætoris: Vt cognitiones extraordinariæ.*

Digitized by Google

cauſſa cognoſcebat. vid. *l. 1. de extraord. cognit.* Atque tales cauſſæ rurſus *ad officium* prætoris pertinere dicebantur *l. 1. §. 14. D. de extraord. cognit.* quo refero reſtitutionem minorum, cuius nomine *nulla propria actio proficiſcitur, ſed dependet totum hoc ex prætoris cognitione l. 24. §. 5. D. de minor.* Proinde in *c. 2. X. de offic. iudic.* hæc cauſſa *officium iudicis* dicitur, vel quod *officium iudicis* in reſtitutione hac *pro actione* proponatur. Collineat huc *l. 2. C. de pedan. iudic*: vbi antiqua procedendi forma eatenus mutata eſt, vt in cauſſis *iuris ordinarii*, h. e. in quibus olim *iudex pedaneus* cum *formula* dandus erat, præſidi integrum relictum eſſet, vtrum ipſimet *extra ordinem* cognoſcere, an vero adhuc iudicem dare malles. Excluditur vero hoc arbitrium in *perſecutionibus extraordinariis* his verbis: *quod non ita accipi conuenit, vt in his etiam cauſſis, in quibus ſolebant* EX OFFICIO SVO COGNOSCERE, *dandi iudices licentia eis permiſſa credatur.* In quibus ergo olim iudex pedaneus non dabatur, nec formula prodita erat, in iis *ex officio ſuo* cognoſcere dicebantur h. e. ſuo ſatisfaciebant officio, quod in eo conſiſtebat, vt implorati ipſimet examen cauſſæ ſuſciperent et ſine ambagibus eam dirimerent. Vnde factum eſſe reor, quod remedia iuris, quæ *perſecutiones extraordinariæ* vocantur, nec *iuris ordinarii exſecutionem habent l. 178. §. 2. de V. S.* in praxi dicta fuerint IMPLORATIONES OFFICII IVDICIS, in quibus a prætore non poterat *actio* poſtulari, quæ nec prodita erat, ſed tantum eius *cognitio* extraordinaria *l. 39. §. 6. de procur.* Hunc in finem *implorandus* erat, vt *ex officio* procederet, h. e. vt illa ageret, quæ iuri maxime naturæ eſſent conformia, cum ſecundum diſciplinam Stoicorum *officiorum* norma primario *ius naturæ* dicebatur, teſte RACHELIO ad *lib. 1. offic. Cicer. p. 13.* Neque enim actionum ſeu formularum agendi

Inde hodie proficiſcuntur implorationes officii iudicis.

di numerus adeo completus et perfectus erat, vt ad illas ſemper recurſus pateret *l. 1. ſeqq. de P. V.* Sic in reſtitutione minorum Prætor *implorabatur l. 8. l. 46. de minor. l. 52. §. 1. de fidei.* Quando erat tutor inutiliter teſtamento datus, decretum prætoris *implorandum* erat *l. 39. §. 9. de admin. et peric. tut.* Cautio a legatariis per *implorationem edicti* petebatur *l. 1. in f. vt in poſſeſſ. legat. l. 3. §. 1. ead.* etc. Vnde gloſſatores anſam ſumſerunt, has perſecutiones extraordinarias *implorationes officii iudicis* vocare conf. BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. p. 1. rubr. 1. qu. 12. n. 1.* LEVRENIVS *in foro beneſic. p. II. ſect. 1. c. 1. qu. 107. n. 2.*

Diuiſio vulgata inter officium nobile et mercenarium.

§. V. Inde quoque nata eſt decantata illa diuiſio inter officium *nobile* et *mercenarium.* Illud dicunt, *quod non inſeruit actioni, ſtricte dictæ, ſed per ſe ſtat, et vel motu proprio, vel ad meram implorationem, vbi nulla competit actio, exercetur.* ZIEGLER *in dicaſtic. diſſert. prælim. §. 32.* PETRVS *DE FERRARIIS in prax. aur. tit. 2. gl. 15.* Hoc ipſum erat officium prætoris in *perſecutionibus extraordinariis*, in quibus *ſummatie* procedebat, non dato iudice pedaneo, æquitate id ſuadente, ad quam officium eius primario adſtrictum erat. *l. 2. C. de iudic. pedan.* Mercenarium vero dicunt, *quod actioni formaliter in iudicium deductæ inſeruit, ad quam ita adſtrictum eſt, vt ſecundum naturam iſtius actionis ſententiam pronunciare, et totum proceſſum dirigere neceſſe ſit.* ZIEGLER *cit. l.* HARPRECHT *ad I. pr. de offic. iudic. n. 17.* Hoc ipſum ſeſe exſerebat apud Romanos, vbi ſolemnis actio ſeu formula agendi erat prodita et iudex pedaneus ad notionem exercendam dabatur. Neque enim olim prætori integrum erat, quaſcunque cauſſas ad ſuum reuocare examen, ſed in quibus cauſſis in edicto iudicem et formulam promiſerat,

in

in his etiam dandus erat, donec in *l. 2. cit.* poteſtas praeſidum paullulum laxata fuerit. NOODT *de iuriſdict. lib. 1. c. 7.* Ita communiter hæc diuiſio tradi ſolet, quæ tamen ab aliis in dubium vocatur. Neque enim mercenarium ſatis exhaurire exiſtimant *officium iudicis pedanei*, quippe qui quidem in negotiis ſtricti iuris ſtricte formulæ inhærebat, nec vltra quid adiudicabat, ſed in actionibus bonæ fidei *ex officio* plura agere poterat, quæ nec Prætor in formula expreſſerat, nec coram eo ab actore vel reo propoſita erant, vt ſic nobile officium exercuiſſe videatur. Proinde *officium mercenarium* reſtringendum eſſe volunt ad cauſſas ſtricti iuris, et poteſtatem iudicis pedanei, ad formulam reſtrictam; quo poſito cum magiſtratus noſtri non amplius ſub formula iudicent, nec fora noſtra negotia ſtricti iuris agnoſcant, vti in *tr. de action. ſect. 1. c. 3.* probaui, inde concludunt, eo ſenſu officium iudicis hodie *nobile*, non vero *mercenarium* eſſe. Neque obſtare aiunt, quod adhuc hodie iudex ſua ſponte, etiam non imploratus, agere poſſit, quædam autem non aliter quam imploratus: nam in eo vnice quærendam non eſſe differentiam vtriuſque officii volunt, qui a definitionibus anteá traditis recedunt, cum etiam officii nobilis exercitium *implorationem* haud excludat, prout hactenus dictum eſt, et in genere in *l. vn. C. vt quæ deſ. aduoc. part.* cautum ſit, iudicem ab aduocatis omiſſa ſupplere debere, id quod olim in cauſſis ſtricti iuris a iudice pedaneo fieri non poterat. Equidem ingenue fateor, vtramque definitionem admitti poſſe, cum hæc diuiſio magis ex gloſſatorum doctrina, quam ex ipſis fontibus procedat: interim magis priori inhærendum eſt, vt concluſiones inde deduci ſolitas recte percipere poſſimus, in quibus alias facile erramus, ſi a doctrina vulgata recedimus.

§. VI.

§. VI. Quæ cum ita ſint, facile iudicari poteſt de ſenſu genuino et viribus *clauſulæ* libellorum *ſalutaris*, cui alias ingentes præter meritum attribuuntur vires. Scilicet imploratur hac clauſula iudex, vt ſecundum *officium nobile* procedere velit: Sed in quem finem? vt iudex liberius, aiunt, agat, libellum generalem admittat, libellum quemcunque, ineptum etiam, ita interpretetur, vt ſubſiſtere poſſit, cum omne remedium competens intentatum videatur, et iudex ita ſupplere poſſit, quæ in libello peti et exprimi debuiſſent, ex incuria tamen Aduocati omiſſa ſunt v. c. fructus, expenſas, intereſſe etc. Speciatim ſingulos effectus huius clauſulæ refert et examinat I. S. STRYK. *de clauſ. libell. ſalut. c. 2. et 3.* Equidem non nego, clauſulam hanc in praxi adeo omnium occupaſſe mentes, vt in ſummo habeatur pretio, et virtute eius libelli ſoleant ſuſtineri, qui ſummo iure reiici debuiſſent. CARPZ. *in proc. tit. 6. art. 2. n. 2.* et *p. 3. deciſ. 233. n. 21.* MARTINI *ad proc. Sax. tit. 5. §. 2. n. 3. ſeqq.* et ſuppleantur, quæ omiſſa ſunt, MEVIVS *p. 3. D. 351.* quod etiam diſerte prouiſum in *ordin. proc. Magd. nouiſſ. c. 18. §. 1.* geſtalt ein ieder Richter vi huius clauſulæ ſchuldig und befugt ſeyn ſoll, dasienige, was der Aduocat circa ius übergangen, ſecundum acta et probata in ſententionando zu ſuppliren, quid quod velint iudicem vi huius clauſulæ de ſimplici et plano, ſola veritate facti inſpecta, procedere poſſe SCHILTER. *ex. 47. §. 16.* Vnde tamen hi et ſimiles effectus huic clauſulæ adſcribi debeant, hactenus ſatis demonſtratum non eſſe puto. Scilicet vel verſamur in proceſſu *ordinario*, vbi *ſolemnis actio* eſt prodita, vel in *ſummario* ſeu *extraordinario*, vbi actio ſolemnis deficit. Priori caſu *nobile officium* implorandum non eſſe volunt, cum ad hoc demum recurratur in caſu deficientis actionis,

De intellectu et viribus clauſulæ ſalutaris.

Et quidem 1) in proceſſu ordinario.

nis, TEXTOR *in praxi iudic. p.* 1. *c.* 17. *n.* 137. *ſeqq.* vbi tamen manifeſta æquitas adeſt, iuris remedium dandum eſſe, MENCKNER *tom.* 1. *dec. Cam. deciſ.* 8. *n.* 24. *ſeq.* MARTINI *in anal. ad proceſſ. Saxon. ad rubr. tit.* 1. *n.* 1. 2. quod etiam cum definitione vulgata *officii nobilis* conuenit. Et tamen praxis docet, quibuſcunque libellis, etiam vbi *actio ordinaria* in iure prodita eſt, hanc adiici clauſulam, et *indiſtincte* eidem effectus prædictos adſcribi, quod etiam MARTINI ad *tit.* 5. §. 2. tam *in comment.* quam *in anal.* facit, vtut ipſe *ad rubr. tit.* 1. præmiſerat, *nobile officium* implorandum haud eſſe, vbi *ordinaria actio* datur. Ex quo concludo, in *proceſſu ordinario*, vbi *actio ordinaria* prodita eſt, plane omittendam eſſe hanc clauſulam, quia re vera otioſa eſt, etiam ex doctrina vulgata, cum vbi *actio ordinaria* adſit, haud recurrendum ſit ad *implorationem officii iudicis*, prout in prædicta clauſula fieri ſolet. Neque enim iudex, inuitis partibus, viam iuris ordinariam hodie deflectere, et, loco proceſſus ordinarii, *ſummariam* eligere poteſt, quamuis hunc effectum huic clauſulæ SCHILTERVS *cit. l.* adſcribat. Neque me ab hac ſententia dimouet, quod aſſerere ſoleant, poſſe iudicem virtute huius clauſulæ omiſſa ſupplere; id enim haud facit virtute huius clauſulæ, ſed *legis præſcripto* et *ratione officii*, ad normam legis adſtricti per *l. vn. C. vt quæ deſ. aduoc. part.* cum etiam olim apud Romanos in actionibus *b. f.* iudex pedaneus, *ex aquo et bono*, multa ſupplere poterat, quæ formulæ haud inſerta erant. Neque aliud dicendum eſſe arbitror, ſi quis obiiciat, ad minimum in actionibus *ſtricti iuris* clauſulæ huius effectum inſignem eſſe; nam (1) prout ſupra iam dixi, tales actiones in foris noſtris exulant, et ſi (2) vel maxime ſupereſſent, mutata tamen eſt fori noſtri ratio, cum nec formula ſit impetranda,

nec

nec iudices noſtri ad eam adſtricti ſint, nec denique hic imploratio officii iudicis admitti poſſit, quæ tantum in defectu *actionis* datur. Loquor *de praxi hodierna;* nam ex *L. 2. C. de iudic. pedan.* colligitur, etiam olim præſidibus integrum fuiſſe, in cauſſis *iuris ordinarii* cognoſcere, quod dum faciebant, ſummarie procedebant; et inde non dubium eſt, quin præſides a partibus ſæpius implorati fuerint, vt ipſimet cognoſcerent. Sed tanta hodie iudicibus non eſt permiſſa facultas, vt in cauſſis *proceſſus ordinarii* ſummarie procedere queant, quod iuri Canonico adſcribendum. Si hæc permiſſa eſſet iudici libertas, vtique clauſula ſalutaris multum operaretur in cauſſis *iuris ordinarii.* Cum vero iudex *vi officii,* ſeu non rogatus, multa agere *poſſit,* quod non neceſſario facere *debet;* ad hoc videtur vtilis hæc clauſula eſſe, vt ea etiam *vi officii,* ſeu *non rogatus,* agat, quæ non præciſe *tenetur.* Sic non tenetur ſupplere exceptionem SCti Velleiani, quia beneficium iuris continet, cui tacite renunciatum cenſetur, ſi non eſt oppoſita. Facilius tamen eam ſupplet, ſi clauſula hæc adiecta eſt, qua excitatur *officium iudicis,* vt non rogatus etiam quædam decernat. Hoc caſu vero *officium* iudicis plane nouum ſignificatum induit. Superſunt ergo *perſecutiones extraordinariæ,* quæ *proceſſu ſummario* expediuntur, quando actio ſolemnis prodita non eſt, vbi rurſus quæſtio mouetur, an hic vſum præbeat clauſula ſalutaris. Non arbitror, ſi conſtat eiuſmodi remedium in caſu adducto competere, veluti in caſu alimentorum, ſalariorum, piæ cauſſæ et quamuis ad hoc vtilis ſit, vt inde perſpicue conſtet, non proceſſum *ordinarium,* ſed ſaltim *ſummarium inſtitutum* eſſe; nihilominus tamen hiſce caſibus illos effectus non habet, qui vulgo eidem adſcribuntur, veluti quod ineptum et generalem libel-

II) in proceſſu ſummario.

lum ſuſtineat; nam in hoc proceſſu ne quidem *ſolemnis libellus* deſideratur, *clem. ſæpe de V. S.* adeoque qualiſcunque libellus ſufficit, non *virtute huius clauſulæ*, ſed ex *natura proceſſus ſummarii.* Et tandem huc omnia collineant, quæ vulgo de duplici hoc officio adferri ſolent, ſcilicet *officium mercenarium* locum habere, vbi ſolemnis prodita eſt actio, *nobile* vero, vbi tantum competit *extraordinaria perſecutio*, ſeu prout hodie loquuntur, *imploratio officii iudicis*, vt *in reſtitutione minorum c. 2. X. de offic. iudic.* Ex quo porro concludit BERGER *in œconom. iur. lib. IV. tit. 5. not. 5. Officium iudicis mercenarium ſpeciatim implorandum eſſe, alioquin idem illud non debere nec poſſe a iudice exerceri*: Vbi enim ſolemnis actio prodita eſt, ſpeciatim in libello omnia ſunt exprimenda, et certa petitio eſſe debet, neque enim concluſio generalis ſufficit, licet vel maxime clauſula ſalutaris adiecta fuerit, cum in eo caſu *nobile officium iudicis* quieſcat, actione ſolemni prodita: E contrario, ait BERGERVS, *officium nobile ſaltim generatim implorandum eſt*, quod ſecundum prædicta ad proceſſus *ſummarios* reſtringendum, vbi, deficiente actione ſolemni, qualiſcunque imploratio ſufficit.

Quando hodie clauſula ſalutaris effectum habere poſſit?

§. VII. Interim tamen eo caſu clauſulam hanc vtiliter adhiberi exiſtimarem, ſi iuſte dubitatur, vtrum in caſu emergente *ſolemnis actio* competat, an vero *perſecutio extraordinaria*, vel quale remedium competat? Sic enim iudex pro *adminiſtranda iuſtitia* virtute huius clauſulæ imploratur, et vt *in dubio* extra ordinem ſuccurrat, petitur, ſi manifeſta æquitatis ratio id ſuadeat. Nam et apud Romanos olim Prætores hiſce in caſibus *extra ordinem* ius dixiſſe conſtat. NOODT *de iuriſdict. L. 1. c. 8.* Dico, in *caſu dubio*: nam quando conſtat, *actionem non competere*, et iura *omne remedium* excludere, licet æqui-

Deficiente omni remedio

tas

tas quædam allegetur, deficit etiam *imploratio officii iudicis*, et conſequenter clauſula hæc nullum effectum habebit. Iudex vtique eſt *miniſter*, non *arbiter* legis, et ita contra iura remedium iuris ſiue *ordinarium* ſiue *extraordinarium* indulgere nequit. Veluti ſi quis pro præſente et vetante fideiuſſerit, et creditori poſtmodum ſoluerit, æquum videtur eſſe, vt regreſſum aduerſus debitorem habeat. Sed reſiſtit legis diſpoſitio, cum neque mandati neque negotiorum geſtorum actio, ne quidem vtilis, hoc caſu locum habeat, *l.* 40. *D. mandati* neque *extraordinaria perſecutio* in iure prodita ſit, quæ huic caſui applicari poſſet, adeoque fruſtranea hodie foret *imploratio officii iudicis*, et clauſulæ ſalutaris adiectio. conf. *l.* 64. §. 9. *D. ſolut. matrim.* TEXTOR *tr. de iudic.* §. 10. *n.* 13. *ſqq.* Similiter ſi quis ſororem indigentem præteriit, inſtituto herede extraneo, integræ exiſtimationis, deficit omne iuris remedium ſorori indigenti, nec ei *imploratio officii iudicis* proderit, neque virtute *clauſulâ ſalutaris* ei ſuccurri poſſet, quamuis æquum foret, vt ei ſuccurreretur, cum æquitas, a iure haud agnita et probata, non ſufficiat ad producendum iuris remedium. FRANZK. *lib.* 2. *reſol.* 8. *n.* 16. Admitto quidem, Prætores olim in his et ſimilibus caſibus extra ordinem ſuccurrere implorantibus potuiſſe, cum etiam edicta conderent, et re vera ita *ius nouum* facerent; quamuis non aliter, quam ex edictis ſuis ius dicere poſſent, prout *lege Cornelia* iuſſi erant: aſt ſimilis poteſtas noſtris magiſtratibus data haud eſt, qui *ſecundum leges* ſimpliciter iudicant, neque imploranti ſuccurrere poſſunt, vbi conſtat, remedium omne iuris deficere.

negatur imploratio officii iudicis.

§. VIII. Interim animaduerti, Iureconſultos plures in hanc inclinare ſententiam, vt, quando remedium iuris deeſt, recur-

Quam multi incaute ſuadent.

recurrendum eſſe ſuadeant, *ad officium iudicis*, vt ita in effectu iis remedia indulgeant, quibus iura eadem denegarunt. Conſtat ex iure, geſtum ex metu leniore et reuerentiali reſcindi non poſſe, actio *quod metus cauſſa*, intentata, bene tamen id fieri poſſe exiſtimant *officio iudicis*. WESENBEC. *ad tit. quod metus cauſſa n. 3. et 9.* Sed recte regerit BACHOVIVS *ad Weſenbec. cit. l. n. 3. lit. f.* *Ita lex poſita erit nudis verbis. Quid enim intereſt, an iudicis officio (quod quale ſit non capio) an ex hoc edicto reſtitutio fiat?* Quid quod in *L. 6. D. quod met. cauſſ.* expreſſe ob *metum vanum* denegetur reſtitutio, quæ lex eluſoria fieret, ſi ad *officium iudicis* recurrendum eſſet. LAVTERBACH. *ad cit. tit.* §. 15. Meo quidem iudicio hæc ſententia nata eſſe videtur ex Canoniſtarum traditis, aſſerentium, actus geſtos ex metu leuiori in foro interno non eſſe validos, adeoque licet deficiat *ciuilis actio* implorari poſſe *officium iudicis eccleſiaſtici*, vt hic imploranti in metum inferentis odium ex officio ſuccurrere valeat, prout WIESTNER *ad cit. tit. n. 27.* cenſet. Similiter qui negant, ex *nudo facto* dari actionem de iure Canonico, concedunt tamen, poſſe implorari officium iudicis eccleſiaſtici, vt peccatum continuantem compellat ad pactionis obſeruantiam. Conſtat enim, pontificios ſub prætextu *peccati vitandi* quaſcunque cauſſas trahere ad ſuum forum; et cum *officium iudicis eccleſiaſtici* in eo conſiſtere dicatur, vt præcaueat, ne ſub prætextu iuris peccatum committatur, ita re vera illis *officium iudicis* pro remedio iuris eſt, quod implorantibus indulgent, qui remedio ciuili deſtituuntur. Sicuti vero hoc ex principiis papalibus fluit, ita merito mirandum eſt, inter Iureconſultos proteſtantes nonnullos fontem huius ſententiæ non penitius examinaſſe et incaute antiquos Iureconſultos prin-

Decepti principiis iuris Canonici.

principiis papalibus prorſus immerſos et cum iure ciuili commiſcentes, ſecutos fuiſſe, a quibus tamen vel ideo abſtinendum eſt, quod ſola ratio *peccati vitandi* remedium iuris, quod iuſtis de cauſſis in iure communi haud fundatum eſt, præbere non poſſit.

§. IX. Sed reuertor ad clauſulam ſalutarem et concludo tunc demum, vſum huius clauſulæ eſſe, vbi non conſtat, an et quale remedium competat, cum iudex *in dubio* pronior eſſe debeat ad *ſuccurrendum,* vbi æquitas adeſt, quam ad denegandum auxilium. Rem declarabo exemplo. Diſputatur inter Dd., an et quale remedium competat, ſi quis rem alienam bona fide a non domino comparauit, eamque rurſus alienauit, et ex pretio locupletior factus fuit? Sunt, qui omne auxilium iuris deficere volunt. FRANZK. *lib.* 2. *reſol.* 9. *n.* 125. *ſeqq.* Alii admittunt dominum contra eum, qui b. f. alienauit in tantum, in quantum locupletior factus eſt. CARPZOV. *p.* 4. *c.* 39. *def.* 9. MEVIVS *ad ius Lub. lib.* 4. *tit.* 1. *art.* 6. *n.* 12. IVLIVS CLARVS *lib.* 5. *recept. ſent.* §. *furtum n.* 26. *in f.* HERTIVS *in parœm. iur. lib.* 1. *parœm.* 17. §. 4. Rurſus, qui remedium concedunt, de genere actionis haud conueniunt, dum alii *condictionem ſine cauſſa,* vt HERTIVS *cit. l.* alii actionem *in factum* ſubſidiariam, vt KLOCKIVS *vol.* 2. *conſ.* 50. *n.* 11. alii *implorationem officii iudicis* concedunt, vt STRYK. *in tr. de action for. inueſtig. ſect.* 1. *membr.* 2. §. 51. *in f.* In tanta ambiguitate vtile foret, adiungere libello clauſulam ſalutarem, et *officium iudicis* implorare, vt, *in dubio hoc,* æquitate tamen ſatis manifeſta concurrente, quouis modo ſuccurrere velit.

§. X. Sicuti ergo ex hactenus dictis conſtat, *officium iu-* *Quando iu-*

dex impertiatur officium ſuum;

dicis generatim denotare omnem iudicis *actionem ad normam legum attemperatam*, eiusque rationem habendam eſſe, tam vbi ſolemnis actio prodita eſt, quam vbi deficit, extraordinaria tamen perſecutione non deficiente, quamuis diuerſimode *officium iudicis* in his cauſſis ſeſe exſerat; ita tunc videndum eſt, *quando iudex officium ſuum impertiatur?* Regula vulgata eſt, et practicorum conſenſu vnanimi approbata: *iudicem non imperti-*

Vbi ſcilicet imploratur.

ri officium in cauſſis ciuilibus, niſi imploratum, ſiue actio ſolemnis adſit, ſiue extraordinaria perſecutione procedendum ſit, cum etiam hic cognitio iudicis implorari debeat. *l.* 4. §. 8. *D. de damn. infect.* Vid. ſupra §. *IV.* HERTIVS *in paræm. iur. lib.* 1. *paræm.* 16. §. 2. CARPZOV. *p.* I. *c.* 9. *def.* 15. BRVNNEM. *in proc. ciu. c.* 4. *n.* 7. RICHTER. *p.* 3. *deciſ.* 101. *n.* 13. BARBOSA *in theſ. lib.* 9. *c.* 88. *ax.* 5. Immo etiam olim in *cauſſis cri-*

Etiam olim in criminalibus,

minalibus hæc regula locum inueniebat, vbi tantum proceſſus *accuſatorius* in vſu erat, nondum recepto proceſſu *inquiſitorio*. Hoc enim vbique introducto, in criminalibus ab hac regula receſſerunt iudices, poſtquam hunc proceſſum INNOCENTIVS III. non tantum approbauit, ſed modis omnibus promouit. Sic enim in *c.* 10. *X. de purgat. canon.* diſertis verbis ait: *Nec illud etiam improbamus, quod licet contra eum nullus accuſator legitimus appareret, EX OFFICIO TVO tamen (fama publica deferente) voluiſti plenius inquirere veritatem.* Cum enim criminum perſecutio *publicam* tangat *cauſſam*, iudicem de illis puniendis ſollicitum eſſe debere, arbitrati ſunt, nullo licet exiſtente accuſatore. Alia videtur eſſe ratio *cauſſarum priuatarum*, quæ *vtilitatem ſingulorum* reſpiciunt, quam quilibet negligere poteſt, et hactenus recte ſeſe habet regula: *iudicem officium ſuum inuitis vel non implorantibus non obtru-*

ſtrudere, nec iis ius dicere. Ita ante aliquot annos ad Facultatem inclytam iuridicam acta tranſmiſſa ſunt, vnde apparebat, ruſticos quoſdam, inter pocula, vſu rationis legitimo per ebrietatem ſuppreſſo, prædia ſua inuicem permutaſſe, interim ad mentem redeuntes querelam nullam mouiſſe, nec iudicem imploraſſe, ſed recte exiſtimaſſe, permutationem talem eſſe inualidam: fama tamen huius rei ad iudicem loci delata, eum in veritatem negotii *ex officio quaſi* inquiſiuiſſe, ruſticos citaſſe, eosque examinaſſe, quod ſane ab omni iuris ratione alienum erat, adeoque reſponſum fuit, daß die Inquiſition in dieſer Sache nicht ſtatt finde. Neque vero vſus regulæ huius tantum in eo cernitur, vt iudex ius nemini dicat, niſi mota vel *actio* fuerit, vel *imploratio iudicis officii* præceſſerit, ſed etiam quodammodo ſeſe exſerit, vbi iam mota eſt, vt pendente ipſo proceſſu, nihil decernat de eo, quod *ad iura partium* pertinet, niſi imploratus, prout communiter aſſerunt. Ita (1) non punit contumaciam rei, quando actor contumaciæ accuſationem negligit MERCKELBACH apud KLOCK *vol.* 3. *conſ.* 187. *n.* 170. MEVIVS *p* 3. *dec.* 390. *n.* 1. nec (2) citationem decernit, niſi ad inſtantiam partium. BERLICH. *p.* 1. *concl.* 10. *n.* 2. GAIL. 1. *obſ.* 50. *n.* 45. SCHRADER *de feudis p.* 9. *c.* 7. *n.* 34. (3) Implorantes demum in integrum reſtituit *l.* 8 *l.* 46. *de minor. l.* 52. §. 1. *de fidei.* SICHARD. *ad rubric. C. de in integr. reſtit.* STRYK. *in V. M. ad tit. ex quib. cauſſ. mai.* §. 4. (4) Inſtantibus demum litigatoribus de cautionibus præſtandis decernit *l.* 1. §. 2. *quod legat. nom.* BERLICH. *p.* 1. *concl.* 18. *n.* 7. 8. KLOCK. *in relat. camer. vol.* 4. *n.* 32. (5) Exceptiones non ſupplet, niſi oppoſitæ fuerint. HAHN. *ad Weſenb. tit. de except. n.* 3. Immo (6) ex ſententia MEVII *p.* 2. *deciſ.* 97. *n.* 4. ne qui-

Et in proceſſu ciuili lite pendente, quod exemplis illuſtratur.

ne quidem iudicis eſſet, ex officio iniungere probationem, niſi ea offeratur, quod tamen infra examinandum eſt. (7) Rotulum teſtium demum ad inſtantiam partium publicat. *c.* 10. *X. de teſtib. R I. de anno* 1654. §. 54. IO. COPPEN. *lib.* 2. *obſ.* 108. *n.* 3. (8) Dilationem, parte non petente, haud indulget. WESEMB. *ad tit. de dilat. n.* 2. GILKEN *ad cit. tit. n.* 3. (9) Exſecutionem ſententiæ iudex decernit demum imploratus. BERLICH. *p.* 1. *concl.* 81. *n.* 2. *ſqq.* SCHWENDENDORFF. *ad proc. Vibig. p.* 1. *c.* 2. *m* 3. §. 24 *lit. u. not.* 1. non proprio motu. VMMIVS *de proc. diſp.* 23. *th.* 4. *n.* 20. WVRMSER *tit.* 23. *obſ.* 4. *n.* 1. 2. (10) Acta regulariter tranſmittit demum, partibus petentibus. MEV. *p.* 3. *deciſ.* 40. (11) Commiſſarii *regulariter* decernuntur ad petitionem partium STRYK. *in introd. ad prax. for. c.* 2. §. 7. etc. Neque in his et ſimilibus caſibus iudex officium ſuum impertitur, ſi vel maxime *clauſula ſalutaris* adiecta eſſet libello. Quamuis enim ZAVNSCHLIFFERVS de *off. iud. ſupplet. p.* 1. *concl.* 5. §. 4. exiſtimet, ita iudicem *tacite* imploratum eſſe, ſupra tamen iam dictum eſt, vigorem huius clauſulæ minime huc pertingere, et ſi vel maxime *implorationem* contineret, illa tamen *generalis* eſt, quæ non ſufficit, vbi *ſpecialis* requiritur, qualis in prædictis ſpeciebus deſideratur.

§. XI. Concludunt itaque, *iudicem in cauſſa ciuili regulariter ex officio non procedere, bene tamen in criminalibus.* PETRVS DE FERRARIIS *in prax. pap. tit.* 2. *n.* 6. TVSCH. *lit. O. concl.* *lll.* SOCINVS *in reg.* 76. Sed circa hanc regulam duo occurrunt notanda: (1) Dixi in praxi iudicem *ex officio* procedere, quando non rogatus *vltro* aliquid facit, vt dicitur in *l.* 9. §. 5. *D. de offic. proconſ.* Hæc locutio forſan nata eſt ex iure canonico, cum iudex ibi *ex officio* procedere dicatur, quan-do,

Quando in praxi iudex

do, nemine inſtante, aliquid agit vel procedit *c.* 10. *X. de purgat. canon.* c. 19. X. *de elect. et elect. poteſt.* Nam quando in iure ciuili ad *officium iudicis* quid pertinere dicitur, regulariter præſupponitur *admonitio* vel *inſtantia* partium, quarum intereſt *l.* 1. § 6. *de magiſtr. conuen.* ibique GOTHOFR. *in not. lit. e.* vbi ita: *Officio magiſtratus quod quis præſtare debet, tacitam habet conditionem, ſi denunciatum ei fuerit.* De iure Romano ad *officium iudicis* pertinere dicebantur, quæ, licet ei nominatim non eſſent a Prætore iniuncta, peragere tamen poterat *l.* 25. §. 8. *D. de ædil. edict.* quo ipſo tamen *rogatio* vel *imploratio* partium non excludebatur. Sic vſuræ eſſe dicuntur vel *in obligatione*, quatenus ſpecialiter ſunt promiſſæ, vel *in officio iudicis*, quatenus non ſunt promiſſæ in b. f. contractibus, et tamen a iudice poſſunt adiudicari, ſi petuntur. *l.* 58. *pr. D. ad Sct. Trebell.* Inde forſan hæc locutio in praxi nata, vt iudex tunc *ex officio* procedere dicatur, ſi *ſponte* aliquid agere poſſit, ſicuti apud Romanos iudex pedaneus illa *ex officio* agere dicebatur, quæ non requirebant præcedentem iuſſum Prætoris. (II) Regulam præadductam magis accipiendam eſſe hoc ſenſu, vt *ſine actore* iudex circa litem *priuatam* nihil decernat, licet vel maxime aliunde de cauſſa informatus ſit, et huc pertinere vulgatum illud: Wo kein Kläger, da iſt kein Richter. Ceterum ſi actor adeſt, qui litem mouet, et ius ſuum proſequitur, regula prædicta fere plures exceptiones habet, quam exempla ſub regula, vt fere illam inuertere poſſit, et dicere: *regulariter hodie, lite mota, iudicem ex officio omnia facere poſſe, quæ ad veritatis indagationem et iuſtitiæ adminiſtrationem faciunt, niſi vbi in ſpecie partium implorationem proceſſus hodierni requirunt.* Pleraque, in quibus imploratio ſpecialis requiritur, adducta ſunt in §. *anteced.* Sed lon-

dicatur ex officio procedere.

Quatenus iudex non impertiatur officium, niſi imploratus.

Lite mota iudex pleraque ex officio facere poteſt.

Digitized by Google

longe maior copia eſt eorum actuum, in quibus iudex *ex officio* procedere poteſt, nemine vrgente, vt proinde ab eo, quod *vtplurimum* fit, regula exſtruenda eſſe videatur. Liberius hodie magiſtratus in controuerſiis dirimendis procedere poteſt et debet, vti quidem apud Romanos, id quod iuri Canonico debetur, ſecundum quod ſimplicius in cauſſis ciuilibus procedendum eſt. *Prouideatis attentius*, inquit pontifex in *c. 6. X. de iudic. ne ita ſubtiliter, ſicut a multis fieri ſolet, cuiuſmodi actio intentetur, inquiratis, ſed ſimpliciter et pure factum ipſum et rei veritatem, ſecundum formam canonum, et ſanctorum patrum inſtituta inueſtigare curetis.*

Quod illuſtratur.

§. XII. Vt igitur aſſertionis huius veritas eo magis appareat, per ſingulas ſpecies eundum, et inquirendum, an et quatenus iudex *ex officio* procedere poſſit? quo facto, liquido apparebit, iudicem in pleriſque *ex officio* procedere poſſe, niſi expreſſe *ſpecialis* requiratur *rogatio* et inſtantia eius, cuius intereſt. Procedit autem iudex *ex officio* adhuc ſolutius, ſi cauſſæ et proceſſus ſummarii ratio id poſtulat, etiam iis in articulis, in quibus alias imploratio iudicis præſupponitur, de quibus caſibus agendum *cap. ſequenti*. In *proceſſu* vero *ordinario* omnia illa, quæ iudex *ex officio* facere poteſt et debet, ad duo capita referri poſſunt, dum quædam *ex officio* reiicit, de quo *capite III.* agemus, quædam *ex officio* ſupplet; de quo *capite IV.* dicendi locus erit.

CAPVT

CAPVT II.

DE IVDICE EX OFFICIO PROCEDENTE OB QVALITATEM CAVSSAE ET PROCESSVS.

ARGVMENTVM.

§. I. Iudex alia poteſt alia ex officio facere obligatur. II. Officium eius in cauſſis ſummariis; III. quod inſtruitur vel ex principis commiſſione, IV. vel ex legis diſpoſitione. Officium eius in cauſſis ruſticorum, V. in cauſſis eccleſiaſticis, VI. in legatis ad cauſſas pias, VII. in cauſſis alimentorum, VIII. in cauſſa dotis, IX. in cauſſis tutelæ et miſerabilium perſonarum, X. in concurſu creditorum, XI. in cauſſis mercatorum et nauticis, XII. in cauſſis fiſci et publicis.

§. I.

Quædam iudex ex officio facere poteſt, quædam etiam debet.

Omnia illa, quæ iudex *ex officio*, hoc eſt, non imploratus, facit, vel ita ſe habent, vt neceſſario illa peragere *debeat*, vel vt peragere *poſſit*. Illa *neceſſitatem* iudici imponunt, hæc ad *arbitrium* eius ſpectant. vid. ZAVNSCHLIFFER. *de officio iudicis ſupplet. p.* 1. *concl.* 12. Fundamentum huius diuerſitatis primarium quærendum eſt in ipſa legum diſpoſitione, vt attendamus, vtrum leges rem iudicis *arbitrio* permittant, an vero iudici *neceſſitatem* imponant, aliquid præciſe agendi ſub pœna. Si de priori conſtat, iudex quidem *ex officio* aliquid agere poteſt, ſed non tenetur, hoc ſenſu, vt litem ſuam faciat, vel alias conueniri poſſit, ſi non procedat ex officio. *Non enim quicquid iudicis poteſtati permittitur, id ſubiicitur iuris neceſſitati*, vt dicitur in *l.* 40. *pr. D. de iudic.* Declarat IVLIANVS in *l.* 8. *D. de offic. præſid.* hoc ipſum ſequenti exemplo: *ſæpe audiui, Cæ-*

ſarem noſtrum dicentem, hac reſcriptione: eum, qui prouinciæ præeſt, adire potes, non imponi neceſſitatem proconſuli vel legato eius, vel præſidi prouinciæ ſuſcipiendæ cognitionis: ſed eum æſtimare debere, ipſe cognoſcere, an iudicem dare debeat. Sic iudex *ex officio* poteſt decernere tranſmiſſionem actorum, cauſſam pro concluſa habere, aliquando ex officio commiſſarios conſtituere, ſupplere exceptionem SCti Velleiani etc. vt tamen ad id haud præciſe teneatur; vnde hic imploratio partium vtiliter adhibetur, vt excitetur iudicis officium, quæ in iis, quæ iudex *ex officio* facere debet, minus neceſſaria eſt. Hæc vel ideo præmittere volui, vt illa, quæ iudex facere *poſſit*, ab iis, quæ facere *debeat*, in ſequentibus ſedulo diſcernerentur.

In cauſſis ſummariis iudex magis ex officio procedit.

§. II. Ceterum iudex in quibuſdam cauſſis magis, in quibuſdam minus *ex officio* quid facit, prout cauſſæ ſunt vel *ſummariæ* vel *ordinariæ*. Sicuti enim olim in his prætor ipſe procedebat, non dando iudicem pedaneum, et cauſſam *ſuæ cognitioni* reſeruabat, quin et principes, ad inſtar prætorum, ſuæ cognitioni cauſſas, moram non ferentes, aliasque ſummarias deputabant; ita *ſolutius* agebant, *liberius* cognoſcebant, non ſub formula iudicantes, ſed liberam et nullam adſtrictam vinculis religionem exercentes. Hoc intuitu *ſummatim* prætores cognoſcere dicebantur, *l. 5. §. 8. D. de agnoſc. vel alend. lib.* item *de plano* et *ſimplici*, quod opponitur, *pro tribunali* agere *l. 1. §. 8. D. ad SCt. Trebell. l. 1. D. de conſtit. princ. l. 9. §. 3. D. de offic. proc. l. 11. §. 6. D. ad L. Iul. de adult. l. 18. in f. de quæſt.* Explicat hunc morem egregie IACOBVS RAEVARDVS *in protribun. c. 7.* oſtendens, *tribunal* immobile et certo in loco editoque poſitum fuiſſe, cui opponitur *ſella*, quia moris erat, vt poſt prætorem per regiones vrbis vicosque obambulantem vehe-

veheretur ſella, vt ſi adeſſent, qui poſtulare vellent, in loco publico poneretur, et magiſtratus ſtatim *extra ordinem* ius diceret *l. 7. D. de manum. vind.* quo ipſo ſane ambages, vel alii litium circuitus admitti non poterant, et ita multa immo pleraque magiſtratus *ex officio* determinabat.

Cauſſæ ſummariæ duplicis generis:

§. III. Vt vero ſtatim hanc doctrinam ad præſentem applicemus praxin, conſtat, quod cauſſæ *ſummariæ* ſint vel *per ſe* tales, ex iuris diſpoſitione, vel *extra ordinem* et *ex accidente* tales fiant, ex ſpeciali principis commiſſione. Sæpius enim contingit, vt cauſſa quædam, alias *ſua natura* ordinaria, extra ordinem quibuſdam decidenda committatur, ſub clauſula, vt de *ſimplici et plano*, *ſola veritate facti inſpecta*, decidatur, quod, iure permittente, fieri poſſe, docet STRYKIVS *diſſ. de iudic. princip. iuxta ſolam facti veritatem.* §. *XI. ſqq.* Admittit hoc etiam pontifex in *clem. ſæpe de V. S.* vbi refert *ſæpe contingere, quod cauſſas committat, et in eis ſimpliciter et de plano ac ſine ſtrepitu et figura iudicii procedi mandet.* Quomodo vero in eiuſmodi caſibus procedere debeant commiſſarii, ſuccincte in *cit. clem. ſæpe.* oſtenditur; ſpecialius vero illuſtratur *in cit. differt.* §. *XVIII. ſeqq.* ex quibus apparet, iudicem *litem, quanto poterit, facere breuiorem*, et ita multa *ex officio* facere, multa quoque omittere debere, quæ alioquin *ex officio* agere poterat. Hic enim iudex libellum qualemcunque admittere, nec eum *ex officio*, vt ineptum, reiicere poteſt, cum *libellus ſolemnis* hic ne quidem requiratur. Idem quoque locum habere volunt, quando coram iudicio ſuperiori ſeu in auditorio principis lis peragitur, quod princeps *de ſimplici* et *plano* procedat MYNSING. *cent. 4. obſ. 5. et cent. 6. obſ. 93.* HARTM. PISTORIS *lib. 4. qu. 17. n. 21.* Poteſt procedere porro iudex ſine litis conte-

(I) Per commiſſionem principis ſub clauſula: ſola veritate facti inſpecta,

Vbi iudex ex officio in pleriſque procedit.

 ſta-

ſtatione ſolemni, *ex officio* reiicere omnes exceptiones dilatorias, compellere partes, vt in feriis, humanis ſcilicet, compareant, coërcere *ex officio* multitudinem teſtium, quæ proceſſum valde retardat, eosque ſummarie, ne quidem articulis exhibitis, de cauſſa ipſa eiusque circumſtantiis examinare, præterea interrogare poteſt partes, et teſtes ſiue ad earum inſtantiam, *ſiue ex officio, vbicunque hoc æquitas ſuadebit*, vt dicitur *in cit. clem.* BARBOSA *ad cit. clem. n. 23.* MENOCH. *de A. I. Q. lib. 2. caſ. 51. n. 40.* MARANTA *p. 4. diſt. 9. n. 30.* adeoque dici nequit, interrogationes a fori vſu alienas eſſe, quippe quæ in proceſſibus ſummariis inſignem præſtant vſum. Poteſt itaque hunc in finem iudex *ex officio* partibus præfigere terminum, **zum mündlichen Verhör**, quippe in quo commodiſſime eiuſmodi interrogationes inſtitui poſſunt. Neque hic deſideratur concluſio in cauſſa *expreſſa*, ſed iudex, vbi ſatis ſufficienter ex actis de cauſſæ veritate informatus fuerit, ſtatim ſententiam proferre poteſt. *d. clem. ſæpe. in f.* ibi: *ſi ei videbitur.* Breuiter: iudex omnia ea hic facere *ex officio* poteſt, quæ ad veritatis inueſtigationem, remotis omnibus ambagibus, facere poſſunt. Et inde ſuper omni eo, quod probatum eſt, pronunciare poteſt, licet haud fuerit petitum. POSTH. *de manut. reſol. 82. n. 2. ſeqq.* ESBACH *in Carpz. p. 1. c. 2. def. 10. n. 4.* Ita iudex procedere *poteſt*, non tamen neceſſario *debet*, quia, prout addit pontifex *in f. in d. clem.* ſi ſolemnem iudiciarium ordinem ſiue in toto ſiue in parte, partibus non contradicentibus, obſeruauerit, proceſſus propterea haud erit irritus. Vnde euenit, vt proceſſus ſummarii, præſertim in Saxonia, hodie ſuis non careant ambagibus.

§. IV.

§. IV. Quæ hactenus generatim dicta ſunt, ad cauſſas ſummarias, quæ *per ſe* tales ſunt, applicari poſſunt, ex quibus quaſdam tantum referre lubet. Sic I) *cauſſæ ruſticorum* ſunt ſummariæ *Nov. 80. c. 1.* CHOPPIN. *lib. 3. de priuil. ruſtic. c. 1.* CARPZOV. *lib. 6. reſp. 122.* vnde ruſticis ſubueniendum a iudice ex officio, ſi debito modo actionem non ediderint *l. 1. in f. D. de edend.* cum ignorantia iuris eis imputari non poſſit. GABRIEL. *lib. 6. c. 1. n. 26.* MASCARD. *de probat. concluſ. 1258.* Poteſt porro iudex ex officio lites eorum dirimere, ſi vel maxime actor, quod petere debeat, haud recte et congrue petierit, vel quod opponere actioni debebat, omiſerit. FABER *in l. mulierem C. ſi mancip. ita ven.* AVTOR des neuvermehrten Dorff- und Land-Rechts. §. *148.*

II) Ex legum diſpoſitione. Sic ex officio procedit I) in cauſſis ruſticorum.

§. V. Potiſſimum II) huc referri debent *cauſſæ eccleſiaſticæ*, in quibus itidem procedendum *ſimpliciter* et *de plano*, et *ſine ſtrepitu iudicii et figura. clem. 2. de iudic.* Refert huc pontifex in *cit. tx.* cauſſas *electionum, poſtulationum, prouiſionum, dignitatum, perſonatuum, officiorum, canonicatuum vel præbendarum, ſeu quorumcunque beneficiorum eccleſiaſticorum, decimarum, matrimoniorum* etc. MEVIVS *p. 3. deciſ. 217. n. 5.* CARPZOV. *l. 3. iuriſpr. conſiſt. def. 19. n. 1.* Hoc intuitu *cauſſæ eccleſiaſticæ* æquiparantur *publicis*, CARPZOV. *lib. II. iuriſpr. conſiſt. def. 1. n. 8.* quemadmodum cauſſæ ſacræ æque olim, vt publicæ, per *interdicta* expediebantur *t. t. D. ne quid in loco ſacro fiat.* Immo cauſſis aliis grauiſſimis, in primis *criminalibus*, adeo æquiparantur, vt iudex in his quoque *ex officio* procedere poſſit. HEIGIVS *p. 1. qu. 40. n. 25.* MEVIVS *p. 2. deciſ. 364. n. 6.* STRYK. *in not. ad ius eccleſ.* BRVNNEM. *lib. III. c. 3. §. 1.* niſi forſan cauſſa eccleſiaſtica primario *ius priuati* concernat, nec

II) In cauſſis eccleſiaſticis.

adeo

adeo rationem *ſpiritualitatis* habeat. Huc refero ius patronatus *laicum*, de quo licet *ſummarie* agatur, teſte FINCKELTHAVSIO *de iur. patron. c. VIII. n. 15. ſeqq.* non eodem modo tamen iudex in eo *ex officio* procedit, vti in aliis cauſſis eccleſiaſticis et piis. Sic non dubium eſt, iudicem eccleſiaſticum in cauſſis beneficialibus, et diuinorum officiorum etc. nemine etiam vrgente, poſſe procedere, *c. 19. X. de elect.* ibi: *duximus ex officio noſtro, ſicut decuit, procedendum.* Immo ſi vel maxime litigantes tranſegerint, conſiſtorio tamen adhuc integrum eſt, *ex officio* vlterius inquirere, cum partes de cauſſis huiuſmodi pro lubitu tranſigere non poſſint. BRVNNEMANN. *de iur. eccleſ. lib. III. c. 9. §. 11.* In *ordinat. March. conſiſt. tit. 51.* conſiſtorialibus indulgetur, vt etiam *ex officio* citationes decernere poſſint, in *cauſſis* ſcilicet *eccleſiaſticis*, cum alioquin citationes regulariter ad inſtantiam partium demum fieri debeant GAILIVS I. *obſ. 50. n. 3. ſeq.* Cum itaque cauſſæ *matrimoniales* hiſce annumerentur, et proinde etiam criminalibus æquiparentur, HEIGIVS *p. 1. qu. 40. n. 25.* inde concludunt, iudicem *ex officio* deſponſatos ad conſummationem matrimonii adigere poſſe. CARPZ. *p. II. iuriſpr. conſiſt. def. 132.* MEVIVS *p. 6. deciſ. 61.* ZAVNSCHLIFFER *de offic. iudic. ſupplet. p. 2. concl. 2.* etſi neutra pars contrahentium matrimonii conſummationem vrſerit. Rationes has adducit MEVIVS *cit. l.* 1) quia intereſt *reipublicæ*, nuptias conſummari ad procreandam ſobolem et augendam ciuitatem; 2) quia intereſt *eccleſiæ*, vt ſcandala præcaueantur, quæ ex tali protractione naſcuntur. Equidem hanc ſententiam eo caſu facile admitto, ſi ſcandala publica ex tali protractione oriri poſſunt, veluti ſi deſponſati cohabitant, cum eiuſmodi cohabitatio ſiniſtra ſuſpicione haud careat. Aſt, ceſſante tali ſuſpicione,

Et matrimonialibus,

ne, dubium ſane eſt, an ex intermiſſione conſummationis ſcandalum *per ſe* oriatur? Cardo controuerſiæ inde dependet, *vtrum ſponſalia mutuo diſſenſu diſſolui poſſint?* quod communiter negant, qua ſuppoſita ſententia, concluſio adducta ſatis fundata eſt. Enim vero quia nondum ſatis euictum eſt, ſponſalia mutuo diſſenſu diſſolui non poſſe, nec ab indiſſolubilitate matrimonii ad ſponſaliorum nexum valet argumentum, quam ſententiam plenius defendit STRYK. *tr. de diſſenſ. ſponſal. ſect. III. §. 8. ſeqq.* facile conſtat, MEVII ſententiam indiſtincte admitti haud poſſe. Sane ſponſalium non maior vis eſt, quam aliorum pactorum, docente STRYKIO *cit. l. §. 19.* et conſequenter ſicuti ad *pactorum* conſummationem iudex *ex officio* neminem adigit, ſufficiens deeſt ratio, ob quam iudex *ex officio* deſponſatos, reluctantes et diſſentientes, adigere queat ad matrimonium conſummandum, quorſum etiam collineat Pontifex in *c. 2. X. de ſponſal.* contendens, in ſponſalibus non maiorem eſſe vim, quam in *ſocietatis* contractu. Et quamuis plerique pontificis ſententiam accipiant de ſponſalibus *de futuro*, conſtat tamen, ſponſalia, quæ canoniſtis *de futuro* dicuntur, h. e. *pura* et ſine omni *conditione* contracta, nobis dici *de præſenti*, de quibus ſtatus controuerſiæ mouetur.

§. VI. Hiſce III) annummerantur *cauſſæ piæ*, et ſic quoque *legata ad pias cauſſas*, pro quorum conſeruatione iudex *ex officio* laborare debet. Nam, fauore piæ cauſſæ, tam ſecularis quam eccleſiaſticus iudex legata pia exſequi poſſunt. CARDINALIS TVSCH. *lit. R. concl. 134. n. 9.* MANZIVS *in ſpecial. iur. commun. voc. pia cauſſa n. 67.* cum etiam cuilibet permiſſum ſit, denunciare magiſtratui, tale legatum eſſe relictum, ne ab heredibus ſupprimatur *l. nulli 28. in f. C. de epiſc. et cler. Nov. 131. c. 11. et*

III) In legatis ad pias cauſſas,

11. et 12. Hoc intuitu ANDREAS TIRAQVELLVS *de priuil. piæ cauſ. priuil. 151.* contendit, *iudicium populare dari pro legatis ad pias cauſſas*, immo, quod magis noſtro inſeruit ſcopo, *priuil. 152.* addit, *officium iudicis, nemine etiam petente, in piis cauſſis interponendum eſſe*, alioquin iudicem puniri poſſe. Illuſtrationis cauſſa adiiciam ſententiam illuſtr. Facult. Iurid. menſ. *Decemb. anni. 1711.* conceptam, quæ aſſerta confirmat.

Sententia. Auf eingewandte Leuterung, deren proſecution und erfolgte Geſetze in Sachen Henning Oberkampf Bekl. und litis denuncianten, an einem, Marien Salome Delien Klägern, und Andreas Oberkampf litis denuncianten am andern und dritten Theil, erkennen zum Halberſtädtiſchen Stadt-Gerichten verordnete Richter und Schöppen auf eingeholten Rath derer Rechts-Gelehrten vor recht, daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet bey der No. 64. befindl. und den 13. Martii 1711. publicirten Urtheil lediql. zu laſſen, iedoch mit dieſer Erklährung, daß Bekl. den referirten Eyd nach ſeiner eigenen in der iuſtificatione leuterationis gethanen Erklährung nunmehro allein über 50. Fl. deferirter maſſen, abzulegen ſchuldig ſey. V. R. W.

Rationes decidendi.

Es hat die Klägerin Maria Salome Delien, Henning Oberkampf wegen eines legati familiæ von 100. Rthlr. belanget, als welches in dem Roßelſchen Teſtament expreſſe darzu vermacht, daß die Zinſen davon einer bedürffenden Oberkamffiſchen Wittwen gereichet werden ſolten, wie dann Klägerin ſich darzu am nechſten anietzo berechtiget zu ſeyn vermeynet, gleichwohl der Bekl. ſolches von Anno 1692. da ſeine Mutter verſtorben, in Händen behalten, und davon Rechnung thun müſſe. Nun hat zwar der Bekl. dagegen eingewandt, daß er auf Andreas Oberkampf Befehl

fehl 86. Fl. davon bereits an ihren verſtorbenen Mann gezahlet, auch ihm deßwegen litem denunciiret, und den Eyd deferiret, es iſt aber ſowohl hierüber, als auf die Bezahlung und edirung des teſtamenti geſprochen worden, wovon Bekl. Henning Oberkampf geleutert. Ob nun wohl derſelbe ſich dadurch grauiret zu ſeyn vermeynen wollen, daß (1) Er zu Bezahlung des Roßelſchen legati der 100. Fl. nebſt denen von Anno 1692. verfallenen Zinſen dergeſtallt condemniret ſey, daß Er ſolche in die Gerichte liefern ſolle, da doch die Klägerin kein fundamentum agendi habe, und ſich in der Anno 1692. gemachten caution nicht gründen könne, als welches ein inſtrumentum inter alios initum ſey, er ſich auch darin nicht obligiret, daß er einer Wittiwen ſolche 100. Rthlr. reſtituiren wolle, dahero das Gerichte vor ſie die 100. Rthlr. nicht in Depoſitum nehmen können; (2) daß der Eyd nicht deferirter maſſen in ſententia exprimiret, wobey er doch ſich erkläret, daß er nunmehro nicht über 86. ſondern 50. Fl. zu ſchweren bereit ſey, endl. (3) daß die edition des Roßelſchen Teſtaments Ihm auferleget ſeye, da er doch nicht teſtamentarius ſey, auch ſolches nicht in Händen habe. *Rationes dubitandi.*

Dieweil aber dennoch aus dem ad acta gegebenen Schein de Anno 1692. deutl. erhellet, daß Henning Oberkampf die Roſſelſche Legat-Gelder vor ſeine Mutter, als einer damahligen Wittwe, empfangen, auch ſolche nach ihrem Tode zu reſtituiren verſprochen, und daß ſolches Capital zum Unterhalt nothdürftiger Wittwen conſtituiret ſey, nicht in Abrede ſeyn kan, mithin allhier ein legatum ad pias cauſſas vorhanden, cuius conſeruatio Magiſtratui quoque incumbit. *Rationes decidendi.*

arg. l. 28. l. 49. C. de Epiſc. et cler. Nov. 131. c. 11.

adeoque magiſtratus *ex officio* quoque ad obſequium vltimæ voluntatis compellere poteſt debitores.

l. 50. de petit. hered. in fine c. 19. X. de teſtam. Oldend. *de exſecut. vlt. volunt. tit. 7.*

Welches allhier um deſtomehr zu attendiren, da noch nicht ausgemacht iſt, ob Andreas Oberkampf teſtamentarius ſey, und alſo ad inſtantiam der Klägerin der Magiſtratus Bekl. und Leuteranten wohl anhalten und condemniren möge, die Legat-Gelder cum vſuris in die Gerichte zu liefern;

Clem. vide teſtam.

Lauterbach. *de exſecut. vlt. volunt. c. 9. n. 159.*

welches auch ſo gar, nemine vrgente, ex officio geſchehen können:

Idem *cit. l. n. 167.*

mithin es allhier nicht darauf ankommt, ob die Klägerin ein fundamentum agendi habe, oder nicht, welches ſich nachgehends, wenn das teſtamentum ediret iſt, ſchon finden wird, nechſt dem bey dem andern grauamine kein reeller Unterſcheid unter der in ſententia gebrauchten, und von dem Leuteranten begehrten Veränderung der formulæ iuramenti zu finden iſt, zumahl die in ſententia angeführte formula eben den Verſtand hat, welchen Bekl. in declaratione iuramenti intendiret, und da er ſich nunmehro erkläret, daß er nur über 50. Fl. und nicht über 86. Fl. ſchweren wolle, ſolches billig ihm zu verſtatten iſt, da ſolches ihm ſelbſten præiudicirt, Klägl. auch dagegen nichts eingewandt, und endlich ſo viel die edition des teſtamenti betrift, ſolche von ihm nicht weiter gefordert worden, als daß er ſolche entweder bewerckſtellige, oder vermittelſt Eydes ſich reinige, daß er das teſtamentum weder habe, noch gefährl. Weiſe von handen kommen laſſe, ſo hat geſchehener maſſen erkant werden müſſen.

§. VII.

Digitized by Google

§. VII. Referunt huc IV) cauſſas *alimentorum*, quæ non tantum ſua natura ſummariæ ſunt, et ſimplici iudicis imploratione expediuntur *l. 5. §. 8. de agnoſc. vel al. liber.* SVRDVS *de alim. tit. 8. priv. 2.* RITTERSHVS. *ad Nov. p. 9. c. 3. n. 17.* KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 11. n. 316.* ſed etiam iudicem *ex officio* de illis præſtandis ſollicitum eſſe debere concludunt ex *l. diu. 89. pr. D. ad L. Falcid.* vid. ANDREAS TIRAQVELLVS *de priuil. piæ cauſſæ priuil. 152.* COLER. *de aliment. lib. III. c. 2. n. 9.* immo et quemlibet de populo admittunt. Hoc tamen merito reſtringunt ad alimenta *egenis* debita, de quibus ita COLERVS *cit. l.* *In quibus caſibus iudex ex officio ſe tenetur interponere, in iis quilibet de populo ad agendum admittitur. Sed in cauſſa alimentorum inopi debitorum iudex ex officio ſe tenetur interponere. Ergo in cauſſa alimentorum inopum quilibet de populo ad agendum admittitur.* Hanc ſententiam *in ſeqq. n. 21.* ſubinde vlterius inde confirmat, *quod iudex, etiam non requiſitus, perſonis miſerabilibus debeat impertiri ſuum officium,* maxime quod alimenta pauperum piis cauſſis accenſeantur. Hoc intuitu iudex *ex officio* proſpicit pupillis de alimentis, ſi tutor copiam ſui non faciat, vt alimenta eis decernantur *§. 9. I. de ſuſpect. tut.* *IV) In cauſſis alimentorum.*

§. IIX. Proximum V) occupat locum cauſſa *dotis*, quam æque *piam* eſſe volunt MANZIVS in *ſpecial. iur. commun. tit. dotis fauor*, et plerique *alimentorum* cauſſæ æquiparandam eſſe aſſerunt, TIRAQVELLVS *cit. l. priuil. 152.* COLER. *de aliment. lib. II. c. 10. n. 1. ſeqq.* quamuis hæc æquiparatio non vniuerſalis ſit, vt oſtendit COLERVS *cit. l.* Hoc interim certum, fauorem *dotium* eſſe inſignem, earumque iura ſingularia plura reperiri, explicata a BAPTISTA DE S. BLASIO *tr. de priuil. dot.* et IO. CAMPESIO *de priuil. dotis.* Cum itaque cauſſa dotis *V) In cauſſa dotis.*

 quo-

Digitized by Google

quodammodo *pia* ſit, inde inferunt, iudicem in ea *ex officio* procedere poſſe. BRVNNEM. *ad l. vn. C. vt quæ deſint aduoc. part. n. 6.* BAPTISTA DE S. BLASIO *cit. tr. centur. III. n. 4.* Sic I) iudex *ex officio* decernere filiæ dotem poteſt, propter abſentiam vel captiuitatem patris *l. 5. §. 4. D. de iur. dotium.* OLDENDORP. *de iur. ſingul. rubr. de priuil. dot. priuil. 26.* II) viro vergente ad inopiam, iudex decernere *ex officio* poteſt, vt mulieri dos reſtituatur, etiam ea non petente. BAPTISTA *cit. l.* III) iudex *ex officio* patrem, dotem repetentem, repellere poteſt, ſi ſuſpectus ſit de dilapidatione *l. 22. §. 6. D. ſol. matrim.* IV) Ex officio cogere patrem poteſt ad dotandam filiam, ſi patris procaciam et filiæ verecundiam iudex animaduertat. MANZIVS *ſpecial. iur. commun. voce dotis fauor. n. 47.* ZAVNSCHLIFFER. *de offic. iudic. ſuppiet. p. II. concl. 18. §. 2.*

VI) In tutelæ cauſſa.

§. IX. Eſt quoque VI) inſignis *tutelæ* fauor, quæ magiſtratui vel ideo commendata eſſe debet, quia pupilli dicuntur eſſe in *publica tutela reipubl. l. 2. §. 1. D. ne de ſtat. def.* adeoque primario hi, qui reipubl. præſunt, hanc *publicam tutelam* ſubire deberent. Cum vero magiſtratus omnium pupillorum tutelas ſuſcipere, et adminiſtrare non poſſit, vices ſuas aliis demandat, et hoc intuitu tutela *munus publicum* dicitur. Inde facile apparet, iudicem plura in tutela *ex officio* facere poſſe, quæ ſcilicet ad pupillorum commodum faciunt. Sunt præterea pupilli, æque ac viduæ, miſerabiles perſonæ, in quarum cauſſis iudex, etiam non petitus, procedit. ASINIVS *de exſecut. §. 3. c. 144.* MANZIVS *in ſpecial. iur. com. voc. miſerabilis perſona n. 17. et 28.* Vnde etiam *actio tutelæ* vocatur *arbitrium tutelæ*, quod multum arbitrio iudicis relictum ſit, vt ipſe æſtimare queat, quid e re pupilli eſſe videatur. Hoc arbitrium potiſſimum

Et aliorum miſerabilium perſonarum.

mum ſeſe exſerit in exeutiendis rationibus, quem in finem *ex officio* commiſſarios conſtituere poteſt, qui rationes tutorum examinent *l. 5. in f. de manumiſſ.* MEVIVS *p. 2. deciſ. 123.* STRYK. *in vſ. mod. tit. de tut. et rat. diſtrah.* §. 9. quod per ſententiam ab Ill. Facult. iurid. Hall. *Menſ. Nov. 1704.* latam illuſtrari poteſt, cuius hic tenor eſt: In Sachen Frauen I. W. von M. Klägern an ein, Herrn I. F. und W. E. von B. Bekl. andern Theils erkennen wir ꝛc. vor recht. Daß zuforderſt Beklagte dem iudicato vom 8. Nov. 1701. vol. 1. fol. 50. ein Gnüge zu leiſten, auch die rückſtändige Rechnungen Einwendens ohngeachtet, binnen 8. Wochen bey Strafe 100. Rthlr. einzuſchicken ſchuldig, mit ihrer Gegenforderung aber in die reconuention zu verweiſen ſeyn. Wann nun ſolches geſchehen, ſo ſind gewiſſe Commiſſarii ex officio zu ernennen, welche die von Klägern gezogene Rechnungs-defecte von punct zu punct in beyder Partheyen Gegenwart durchgehen, Sie darüber vernehmen, und in Güthe aus einander zu ſetzen trachten, welche puncta aber durch die Commiſſarien nicht abgethan werden können, darüber seynd die Partheyen zum fernern rechtl. Verfahren zu verweiſen, und ergehet alsdann auch hierinnen weiter was recht iſt. In rationibus decidendi ad declarationem ſententiæ hæc inter alia adduntur: In dem Fall nun als die übrige nachſtehende Rechnungen, wie ſich denn allerdings gebühret, extradiret werden, ſo iſt zu Abhelffung aller übrigen vielen Weitläuftigkeiten der nechſte und leichteſte Weg, vt examen et ſuper iis inquiſitio per commiſſarios expediatur, licet non fuerint petiti, cum iudex non ſemper ſequi debeat, quod petitur, ſed quod iuſtum et congruum eſt MEV. *p. 2. dec. 123. n. 5. et 6.* und wenn gleich durch die ex officio gegebene Commiſſarios nicht alle puncta ſollten abgethan werden können, ſo

kan

kan doch alsdenn noch darüber, wie Rechtens, verfahren werden ꝛc. Similiter, vbi pupilli vel minores aliis inuoluuntur litibus, iudex eos ſine tutoribus et curatoribus admittere haud debet, ne nullitatem committat. BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. p. II. rubr. 11. qu. 236.* MEVIVS *p. 4. deciſ. 95. n. 2.* Immo ſi tutoribus et curatoribus ſunt deſtituti, *ex officio* eis proſpicere debet MEV. *cit. l. n. 3.* BLASIVS ALTIMARVS *cit. l. n. 85.* Proſpicit autem eiſdem *ex officio* duobus modis: 1) iniungendo petitionem ei, cui ea incumbit. 2) Tutorem conſtituendo, nemine vrgente et petente. Prius tantum iudici *regulariter* incumbere arbitratur MEVIVS *cit l.* vbi ita: *Cum a propinquis, queis illud incumbit, non petitur* (tutor vel curator) *eius, qui cum ipſo intendit, partes ſunt curare, vt habeat. Quo etiam negligente, iudicis officium eſt, de eo proſpicere. At non vt ſtatim det tutorem vel curatorem, ſed vt ei, cui ea petitio incumbit, eandem iniungat. Subſidiarium enim tantum eſt officium iudicis, ex quo non habenti dat tutorem vel curatorem, nec eo vtitur, niſi cum alius non eſt, quem decet ea prouidentia. Periculum quippe, quod iudici ex tali datione accidere poteſt, ſuadet, ipſum ad iſtam ex officio non progredi, quamdiu ab alio id debet ſubiri. Quocirca cum de curatore minori prouidendum erat, placuit, non dari illum a iudice per officium, ſed litiganti, vt dari curet, ſaltim iniungere.* Deciſio hæc ſatis fundata eſſe videtur, ſi modo is, qui cum pupillo vel minore iudicio contendit, ad *petendos* tutores vel curatores, et quidem *ſuo periculo*, obligatus ſit, id quod ICtus prælaudatus in deciſione adducta ſupponit. Aſt vero hoc ipſum eſt, quod merito in dubium vocatur. Nam in *l. 1. C. qui pet. tut.* hoc ipſum minime iniungitur, vbi ita tantum cauetur: *admone adoleſcentem, aduerſus quem conſiſtere vis, vt curatores ſibi dari poſtulet, cum quibus ſecum-*

Quomodo iudex ex officio pupillis proſpiciat?

ſecundum iuris formam conſiſtat: qui ſi in petendis his ceſſabit, poterit competentem iudicem adire, vt in dandis curatoribus OFFICIO SVO fungatur. Si ergo *officium* magiſtratus eſt, dare tutores, non neceſſe eſt, iniungere aduerſario, vt petat tutores, ſed ſtatim *ex officio* dare debet. In *l. 4. C. eod.* non per modum *neceſſitatis*, ſed *conſilii* creditori commendatur, quod *poſſit et ipſe curare, vt pupilli accipiant, per quos legitime defendantur*, quo in ſenſu etiam accipienda *l. 7. C. eod.* vbi dicitur, quod *litigans cum pupillo, tutorem petere haud prohibeatur*; Aſt quod neceſſario petere debeat, ei haud iniungitur. Ex quo concludo, deficientibus neceſſariis, quibus iudex ex officio iniungere poſſit, vt petant pupillis tutores, magiſtratum *ex officio* conſtituere, non autem litiganti petitionem ſeu nominationem tutoris iniungere debere. ALTIMARVS *de nullit. ſentent. p. I. rubr. II. qu. 236. n. 85.* FABER *in C. lib. 5. tit. 27. def. 3.* Huc etiam collineant *ordin. polit. de anno 1548. tit.* von *pupillen* und minderjährigen Kindern et de *anno 1577. tit. 32.* Item *ordin. prouinc. Anhalt. tit. 33. §. 1. verſ. ex officio* von ſich ſelbſten. Poſterius ergo magis ad *officium* iudicis pertinet, quamuis non ſemper rationes circumſtantiarum permittant, vt impuberi tutor detur, ſed ſufficiat, ſi ei curator ad litem *ex officio* conſtituatur *c. vlt de iudic. in 6. l. 25. D. de tut. et cur. dat.* quod prolixe confirmant CARPZOV. *lib. V. reſp. 86.* MEVIVS *p. II. deciſ. 167.* vbi *n. 3.* de praxi ita loquitur: *Praxis fori huic adſtipulatur, vti ſcio ſæpiſſime datos curatores litis, antequam tutela conſtitui potuit, ne interea indefenſi eſſent pupilli, et vt eius conſtitutio eo citius efficeretur.* In Saxonia eo minus dubii hæc ſententia habet, poſtquam in *deciſ. nouiſſ. 41.* hac de re ita cautum eſt. Wann nun inzwiſchen in des Unmündigen Sachen eine nothwendige Handelunge

vorfället, und ſo geſchwinde zu einem Vormunde nicht zu gelangen, gleichwohl aber demſelben Schaden zu verhüten die Schuldigkeit erfordert. So ſoll bey ſo geſtallten Sachen und Umſtänden dem Unmündigen ein *Curator ad litem ex officio* verordnet, und durch denſelben deſſen Nothdurft vor Gerichte gehandelt, und in Acht genommen werden. Conf. ALTIMARVS *cit. l. n.* 86. *ſeqq.* vbi his, qui contrarium adſtruere conati ſunt, reſpondet. Par ratio eſt furioſorum, prodigorum, mente captorum, fatuorum, mutorum, ſurdorum, aliorumque, qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, quibus itidem *ex officio*, et, nemine petente, curatorem iudex dare poteſt, immo debet. ALTIMARVS *cit. l. n.* 93. Ceterum plura alia iudex *ex officio* circa perſonam pupilli facere poteſt, veluti, ſuſpectum remouere tutorem, tutori cautionem iniungere, tutori curatorem adiungere etc. quæ tamen omnia, cum ad proceſſum ciuilem haud pertineant, intacta relinquo.

(VII) in concurſu creditorum.

§. X. Concurſus creditorum quoque (VII) ſummarie peragitur, et cum communionem creditorum quandam inducat, MEVIVS *p. V. deciſ.* 124. ita tamen, vt ſinguli ſuum proprium intereſſe perſequantur, et ſecundum vulgatum prouerbium, communia communiter negligi ſoleant, inde ne confuſio in hoc proceſſu oriatur, iudex *ex officio* omnia ea, quæ ad eum abbreuiandum ſpectant, decernere et prouidere debet, vt proceſſus rite inſtruatur. Bene MEVIVS *p. IV. deciſ.* 86. *n.* 1. ait: *Cum alias ad officium iudicis pertineat litium abbreuiatio, tum et ſub concurſu creditorum eo magis ſtudendum, quo illarum prolixitas et intricatio eſt pernicioſior.* In ſequentibus recenſet, qua ratione iudex ſe gerere debeat, vt proceſſus hic intricatiſſimus euoluatur; et tandem *n.* 10. ſubiungit: *Tandem*

ut

vt etiam non petita iudex EX OFFICIO pro maturando proceſſu curet et prouideat. Habet quidem vulgatum axioma: iudicem niſi imploratum nihil facere aut decernere, attamen id ceſſat, tum vbi de litibus abbreuiandis res eſt, l. quidam. 21. D. de reb. credit. tum vbi inter plures creditores agitur et ii conuenire nequeunt l. iure gentium 7. §. f. de pact. Vnde (I) quamuis alias iudex citationem non decernat, niſi ad partium, quarum intereſt, inſtantiam, in hoc proceſſu tamen, non petentibus creditoribus, *ex officio* citationem decernere poteſt. MEV. *p. IV. deciſ.* 145. *n.* 5. (II) Si creditores prioritatis iura deducere ſuperſedeant, iudex *ex officio* in iura creditorum et in cauſſas debitorum inquirere debet, præſertim quando creditores iuris ſunt ignari, perſonæ miſerabiles, indefenſæ vel debita exigua. BRVNNEMAN. *in proc. concurſ. credit. c. IV.* §. 4. CARPZOV. *p.* I. *C.* 28. *def.* 2. *in f.* (III) Poteſt *ex officio* bona debitoris haſtæ ſubiicere, licet creditores id haud vrgeant. CARPZOV. *p. IV. reſp.* 4. *n.* 17. (IV) Iudex *ex officio* poteſt conſtituere *curatorem bonorum*, nemine licet petente, cum huius conſtitutionem conſeruatio bonorum efflagitet MEVIVS *p. III. deciſ.* I. *et* 223. et *p. IV. deciſ.* 86. HILTROP. *in proceſſ. iud. p.* I. *tit.* 18. *n.* 2. STRYK. *ad Brunnem. proceſſ. concurſ. c.* 6. §. 3. *in f.* (V) Immo ex eodem fundamento, ſi bona debitoris ſint exigua, vt ex iis impenſæ fieri non poſſint in curatoris conſtitutionem, *ex officio* abſtinet a curatoris conſtitutione. Tale quid nuper ex actis ad Facultatem iuridicam tranſmiſſis obſeruaui, vbi hæc protocollo *d.* 30. *Dec.* 1711. inſerta erant: Wurde denen Dunkerſchen Creditoren als N. N. vorgeſtellet, daß man biß dato in dieſer Concurs-Sache ex officio keinen curatorem bonorum beſtellen wollen, weilen bekannt, daß das ganze Corpus bonorum

faſt in den ad depoſitum gelieferten Hauß-Kauf-Geldern beſtünde, und das übrige, ſo etwa ſonſt noch vorhanden geweſen, doch auf der Wittwen Eyd ankommen würde, auch übrigens die Sache in Anfange klar geſchienen, weilen aber dieſelbe etwas weitläuftiger geworden, als man Anfangs vermuthet, wolte man itzo nochmahls von ihnen vernehmen, ob ſie etwa die Beſtellung eines Curatoris verlangten? Illi: Sie wären insgeſammt noch der Meynung, daß ſolches nicht nöthig wäre, und weilen es nur unnöthige Unkoſten geben würde, wolten ſie vielmehr es verbitten.

(VIII) In cauſſis mercatorum,

§. XI. Vlterius (VIII) *cauſſæ mercaturam* reſpicientes inſignem fauorem habent, cum et mercatura ad reipubl. vtilitatem ſpectet *l. 2. D. de nund.* et ratio commerciorum non admittat, vt in his cauſſis per ambages procedatur, et apices iuris obſeruentur, ſed potius vt ex æquo et bono procedi debeat, FABER *in C. lib.* 8. *tit.* 23. *def.* 8. *n* 3. FINCKELTHAVS *obſ.* 17. *n.* 15. GAIL. 2. *obſ.* 27. *n.* 27. ſola veritate facti inſpecta MEVIVS *p. V. deciſ.* 107. *n.* 2 et *ad ius Lubec. lib. III. tit.* 6. *art.* 21. *n.* 1. Immo in curia mercatorum eodem modo procedendum eſſe, vt in curia eccleſiaſtica, volunt. MEV. *ad ius Lub. cit. l. n.* 3. Hoc poſito, apparet, iudicem *ex officio* plura decernere poſſe. quo eo citius eiuſmodi controuerſiæ ſopiantur. Inde omnes exceptiones, ordinem proceſſus ex iure communi reſpicientes, in curia mercatorum reiiciuntur. LAVTERBACH *de iure in curia mercat. vſit. n.* 277. Libellus quiuis admittitur, HARTM. PISTOR. *obſ.* 180. CARPZOV. *p.* 1. *C.* 2. *def.* 10. valet ſententia et petitio incerta MEV. *ad ius Lubec. cit. l.* etc. Par ratio eſt (IX) cauſſarum *maritimarum* et *nauticarum*, in quibus itidem leuato velo procedendum eſt *l. 9. C. de*

et nauticis.

C. de naufrag. quem in finem conſtitui ſolet *iudicium admiralitatis*, Admiralitats-Gerichte, in quo cauſſæ hæ expenduntur ab eiuſmodi aſſeſſoribus, qui ſingularem nauticarum rerum peritiam habent. vid. WERLHOFF *diſſ. de iudic. admiral. Hamburg.*

§. XII. Denique (X) eo minus dubium eſt, in cauſſis *fiſci* et *publicis* iudicem *ex officio* procedere poſſe, cum etiam cauſſæ *fiſcales* ſummarie tractentur, ſola veritate facti inſpecta. PEREGRINVS *de iur. fiſci lib. VII. tit.* 3. *n.* 3. LYNCKER *deciſ.* 882. *Vtitur autem inprimis fiſcus priuilegio in modo procedendi*, vt vtar verbis PEREGRINI *cit. l. n.* 8., *quoad hoc, quia licet in ciuilibus iudex ex officio ſuo non inquirat ad priuati vtilitatem, niſi fauore pupillorum in cauſſa ſuſpecti tutoris, ad fiſci tamen vtilitatem et commodum, ſpeciali eius fauore, cum bona ex aliqua cauſſa ad fiſcum pertinent, procurator Cæſaris cum fiſci patrono diligenter inquirere poteſt et debet - - etiamſi bona ſint delata fiſco ex cauſſa non punibili.* Interim tamen ſi contradictor adſit, qui cauſſam fiſci admodum dubiam facit, ordo procedendi non eſt omittendus, nec ſtatim ab exſecutione inchoandum MEVIVS *p.* I. *deciſ.* 204. *in f.* Præſertim vero huc pertinent cauſſæ, *publicam reſpicientem* vtilitatem totius reipublicæ, in quibus ſecundum ius Romanum per *interdicta* proceditur, *immo* et *actiones populares* paſſim proditæ erant, quæ hodie, mutato ſtatu populari, fere incognitæ ſunt, vt tamen in iis magiſtratus *ex officio* procedere poſſit. COLERVS *de aliment. lib. III. c.* 2. *n.* 9. TIRAQVELLVS *de priuil. piæ cauſſ. priuil.* 151. 152. PETRVS DE FERRARIIS *in prax. Pap. tit.* 2. *gl.* 15. §. 6. Concludam hoc caput verbis STRYKII *diſſ. de ſalut. publica c. II. n.* 120. vbi ita: *Pa-*

(X) In cauſſis fiſci et publicis.

Digitized by Google

tet ex l. 4. §. 8. D. de damn. inf. iudicem officium ſuum regulariter non impertiri niſi ſit imploratus: ſi tamen cauſſa publicam utilitatem concernat, poteſt iudex ex officio citationem, non imploratus, decernere.

CAPVT III.
DE
IVDICE EX OFFICIO REIECTIONEM DECERNENTE.

ARGVMENTVM.

§. *I. Officium iudicis in proceſſu ordinario, II. in primis in litium ambagibus reſecandis. III. Officium eius in actione iniqua et non fundata reiicienda: IV. quae periculo petentis non admittenda. V. Reiscienda actio, inanis futura, VI. vel inepto libello propoſita. VII. Rationes reiectae actionis a iudice ſuppeditandae ſunt. VIII. Officium iudicis in aduocatis inhabilibus reiiciendis. IX. Officium eius circa procuratores inhabiles et non legitimatos, X. in litibus tempore feriarum non admittendis, XI. in reiiciendis exceptionibus reorum friuolis, inepta L. C. et ineptis poſitionibus, XII. in probatione irrelevanti, informi, teſtibus ſuperfluis et inhabilibus, interrogatoriis ineptis, rixoſis diſputationibus reiiciendis, XIII. in leuterationis et appellationis reiectione. XIV. Superioris iudicis officium in appellatione vel recipienda vel non recipienda.*

§. I.

Neceſſitas officii iudicis in proceſſu ordinario.

Progredior ad proceſſus ordinarios ſeu cauſſas *iuris ordinarii*, oſtenſurus quae iudex in iis *ex officio* h. e. non imploratus facere *debeat* vel etiam *poſſit*. Quamuis in proceſſu ordinario *iudicis officium* magis reſtrictum eſſe videatur, quam in *ſummario*, ſi *comparatiue* loqui velimus, negari tamen nequit, proceſſus ordinarios, quo magis turbis et ambagibus obnoxii ſunt,

ſunt, eo frequentius occaſionem præbere iudici, *ex officio* aliquid decernendi, præſertim in hoc litigioſo ſæculo, vbi lites tam multæ ſunt et ambiguæ, *vt ad exſtirpandum non ſufficiant miniſtri, ſed creſcant inſtar hydræ, cuius caput ſi detruncetur, ſeptem alia reſurgunt, ita vt magiſtratus nunquam poſſint victoriam ſperare, contra hæc litigiorum vitia,* vt ait VENTVRAE de VALENTIIS *in Parthen. litig. lib.* 1. *c.* 1. *n.* 12. In primis vero proceſſus tot impedimentis et ambiguitatibus inuoluuntur, (I) quod rei vtplurimum, quorum eſt *fugere*, omnia corradere ſoleant, quibus actorem defatigare poſſint, quamuis ex euentu appareat, ea omnia fruſtra eſſe adducta et propoſita. Quin etiam (II) non raro ita omnia confundunt, vt iudicem a veritatis et iuſtitiæ tramite deflectere conentur. Hunc in finem (III) vtuntur exceptionibus variis dilatoriis, communiter tamen inanibus: (IV) ita rem agunt, vt lites ex lite creſcant: (V) ſuperfluas probationes expetunt, et infinitum foret omnes artes rabuliſticas referre, quas optime detexit ZIEGLERVS *de arte rabuliſtica.* *Eiusque cauſſa.*

§. II. Huiuſmodi fraudes litigantium iudex *ex officio*, quantum fieri poteſt, coercere, et, ne latius ſerpant, præcauere debet, idque vel ideo, quod pro abbreuiandis proceſſibus *ex officio* laborare debeat. Ait ICtus in *l.* 21. *D. de reb. cred. ad OFFICIVM iudicis pertinet lites diminuere*, quia, vt dicitur in *l.* 1. *D. de vſuc.* publice intereſt, ne litibus repleatur reſpublica. Inde quoque IVSTINIANVS in *l. properandum* 13. *pr. C. de iudic.* concludit, *properandum eſſe, ne lites pæne fiant immortales et vitæ hominum modum excedant* conf. *l.* 1. §. 10. *D. de nov. op. nunc. pr. I. de pœn. tem. litig.* Hoc intuitu quoque in *R. I. de anno* 1654. §. 34. iudici iniungitur, die Mittel und Wege, wodurch *Officium iudicis generatim conſiſtit in cura pro abbreuiandis proceſſibus.*

tet ex l. 4. §. 8. D. de damn. inf. iudicem officium ſuum regulariter non impertiri niſi ſit imploratus: ſi tamen cauſſa publicam vtilitatem concernat, poteſt iudex ex officio citationem, non imploratus, decernere.

CAPVT III.
DE
IVDICE EX OFFICIO REIECTIONEM DECERNENTE.

ARGVMENTVM.

§. I. *Officium iudicis in proceſſu ordinario, II. in primis in litium ambagibus reſecandis. III. Officium eius in actione iniqua et non fundata reiicienda: IV. quae periculo petentis non admittenda. V. Reiicienda actio, inanis futura, VI. vel inepto libello propoſita. VII. Rationes reiectae actionis a iudice ſuppeditandae ſunt. VIII. Officium iudicis in aduocatis inhabilibus reiiciendis. IX. Officium eius circa procuratores inhabiles et non legitimatos, X. in litibus tempore feriarum non admittendis, XI. in reiiciendis exceptionibus reorum friuolis, inepta L. C. et ineptis poſitionibus, XII. in probatione irreleuanti, informi, teſtibus ſuperfluis et inhabilibus, interrogatoriis ineptis, rixoſis diſputationibus reiiciendis, XIII. in leuterationis et appellationis reiectione. XIV. Superioris iudicis officium in appellatione vel recipienda vel non recipienda.*

§. I.

Neceſſitas officii iudicis in proceſſu ordinario.

Progredior ad proceſſus ordinarios ſeu cauſſas *iuris ordinarii*, oſtenſurus quae iudex in iis *ex officio* h. e. non imploratus facere *debeat* vel etiam *poſſit*. Quamuis in proceſſu ordinario iudicis officium magis reſtrictum eſſe videatur, quam in *ſummario*, ſi *comparatiue* loqui velimus, negari tamen nequit, proceſſus ordinarios, quo magis turbis et ambagibus obnoxii ſunt,

ſunt, eo frequentius occaſionem præbere iudici, *ex officio* aliquid decernendi, præſertim in hoc litigioſo ſæculo, vbi lites tam multæ ſunt et ambiguæ, *vt ad exſtirpandum non ſufficiant miniſtri, ſed creſcant inſtar hydræ, cuius caput ſi detruncetur, ſeptem alia reſurgunt, ita vt magiſtratus nunquam poſſint victoriam ſperare, contra hæc litigiorum vitia*, vt ait VENTVRAE de VALENTIIS *in Parthen. litig. lib.* 1. *c.* 1. *n.* 12. In primis vero proceſſus tot impedimentis et ambiguitatibus inuoluuntur, (I) quod rei vtplurimum, quorum eſt *fugere*, omnia corradere ſoleant, quibus actorem defatigare poſſint, quamuis ex euentu appareat, ea omnia fruſtra eſſe adducta et propoſita. Quin etiam (II) non raro ita omnia confundunt, vt iudicem a veritatis et iuſtitiæ tramite deflectere conentur. Hunc in finem (III) vtuntur exceptionibus variis dilatoriis, communiter tamen inanibus: (IV) ita rem agunt, vt lites ex lite creſcant: (V) ſuperfluas probationes expetunt, et infinitum foret omnes artes rabuliſticas referre, quas optime detexit ZIEGLERVS *de arte rabuliſtica*.

Eiusque cauſſa.

§. II. Huiuſmodi fraudes litigantium iudex *ex officio*, quantum fieri poteſt, coercere, et, ne latius ſerpant, præcauere debet, idque vel ideo, quod pro abbreuiandis proceſſibus *ex officio* laborare debeat. Ait ICtus in *l.* 21. *D. de reb. cred. ad OFFICIVM iudicis pertinet lites diminuere*, quia, vt dicitur in *l.* 1. *D. de vſuc.* publice intereſt, ne litibus repleatur reſpublica. Inde quoque IVSTINIANVS in *l. properandum* 13. *pr. C. de iudic.* concludit, *properandum eſſe, ne lites pæne fiant immortales et vitæ hominum modum excedant* conf. *l.* 1. §. 10. *D. de nov. op. nunc. pr. I. de pœn. tem. litig.* Hoc intuitu quoque in *R. I. de anno* 1654. §. 34. iudici iniungitur, die Mittel und Wege, wodurch

Officium iudicis generatim conſiſtit in cura pro abbreuiandis proceſſibus.

wodurch zankſüchtige Parthenen, Aduocaten und Procuratoren die Sachen in ungerechte Weitläuftigkeit verführen können, abzuſchneiden. Iam ante in *reform. polit. de ann.* 1548. *tit.* 33. *et de anno* 1577. *tit.* 33. hac de re ita cautum erat, ſo wollen wir allen Obrigkeiten hiemit auferleget und befohlen haben, in dem gebührliches Einſehen zu thun, und bey ihren Richtern zu verfügen, daß ſie den Parthenen auf ihr Anſuchen jederzeit ſchleuniges Rechtens förderlich und unverzüglich verhelſen und mittheilen, auch NB. die *Aduocaten* und *Procuratores* ernſtlich anhalten, die Sachen gefährlicher Weiſe nicht aufzuziehen oder zu verlängern rc. Sic itaque iudici incumbit, fraudibus aduocatorum *ex officio* occurrere, quod in primis facit, illa reiiciendo, quæ iuſtitiæ adminiſtrationi moram iniicere, vel impedimenta ſtruere poterant, quod ſpeciatim hoc capite illuſtrandum eſt. Negari tamen nequit, non raro iudicem hic deeſſe ſuo officio, poſtquam iuſtitia facta *ſportularia*, et ita de litibus abbreuiandis haud ſollicitus eſt, ſed alienum iurgium ſuam prædam eſſe putat, quod reprobatur in *l.* 3. *C. ad L. Iul. repet.*

Vnde inutilia reiicere debet.

Iudex ex officio reiicit actiones famoſas contra eos, quibus reuerentia debetur.

§. III. Hoc itaque ex fundamento (1) iudex ad ſolam petitionem alterius non ſtatim temere *citationem* decernere, ſed, an actio ſit concedenda, an vero *ex officio* reiicienda, ante omnia perpendere debet. Sunt quædam actiones, quæ demum, *cauſſa cognita*, admittendæ, proinde ſi minime fundatæ videantur, ſtatim *ex officio* reiiciendæ ſunt. Id quod ſi minime obſeruatum fuerit, res in ambiguum deducitur diſcrimen, et iudex ſua mora facit, vt actor demum poſt tot ambages repellatur, qui ſtatim ab initio litis repelli debuiſſet, et proinde olim hæc prima prætorum cura erat, vt viderent, an actio danda eſſet. Huc (α) pertinent *cauſſæ famoſæ*, vel quæ

Digitized by Google

quæ pudorem ſugillant, quæ contra perſonas, quibus debetur reuerentia, non facile permittendæ, ſed iudex, antequam citationem decernat, *cauſſa cognita*, deſuper ſtatuere debet *l.* 10. §. 12. *de in ius voc.* Sic liberis, qui non amplius in poteſtate patria ſunt, non temere iniuriarum actio contra parentes danda eſt, niſi atrocitas ſuaſerit *l.* 7. §. 3. *D. de iniur.* nec vxoribus contra maritos, vtpote quibus etiam reuerentiam debent. STRYK. *de rit. nupt.* §. 46. Quin potius iudici incumbit, *ſtatim* agentem *ex officio* repellere, nec demum poſt longas ambages de reiicienda actione cogitare, vt ſumtibus et tempori parcatur. (β) Par ratio eſt earum actionum, quæ *manifeſto iure* haud ſunt fundatæ, ita vt ex ipſo libello ſtatim appareat de *iniquitate* cauſſæ. Olim ſane officio prætoris continebatur, ex obligationibus turpibus actionem denegari, *l.* 27. *pr. D. de V. obl.*, quanto magis hodie iudici id agendum eſt, vt talem litem, inanem ſane et non fundatam, in herba potius ſupprimat, quam litigantes ad inanes deductiones, probationes et reprobationes admittat, quamuis praxis plerumque contrarium ſeruet. Expediret potius adhuc ſemper, *cauſſa cognita*, actionem concedere, quod olim prætorii officii erat vid. BRISSONIVS *de verb. ſignif. verbo actio.* Obſeruat idem MEVIVS *p.* I. *deciſ.* 42. inquiens: *Audire quidem vnumquemque acturum ad iud eis officium pertinet, nec poteſt ſalua iuſtitia obturare contra quenquam aures, at minime quemuis ad agendum ac litigandum promiſcue admittere, aut quamuis petitionem ſeu aptam ſeu ineptam ad iudicialem diſcuſſionem peruenire ſinere debet. Hoc iudicis officio, quo amputare lites debet, contrarium eſt.* Officio enim iudicis conuenit ſecundum NERATII monitum ſemper perpendere et cognoſcere, an iuſtam et probabilem actor cauſ-

Et non fundatæ.

ſam habeat, propter quam actionem deſiderat. *l.* 3. §. 11. *inf. ad exhib.* Collineat huc etiam *R. I. de anno* 1654. §. 120. vbi cauetur, daß die Proceſſe auf bloſſe überreichte Supplicationes nicht erkannt, vornemlich aber auch der frevelmüthige Aduocatus cauſſæ mit gebührender Strafe nach geſtalt des Verbrechens und Muthwillens, und zwar mehr als die rechten etwa unerfahrne Partheyen, welche oftmahls die Sache nicht verſtehen, angeſehen werden. (γ) Poteſt aliquando etiam actio eſſe fundata, ſed ex alia ratione friuola, quod rem minimi pretii, quæ negligi deberet, reſpiciat, quales actores rurſus iudex, *cauſſa cognita*, repellere debet MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit.* 1. *c.* 2. *n.* 62. ZIEGLER. *in dicaſtice concl.* 23. §. 8. LS. STRYK. *de reiect. ab act. c.* 1. *n.* 62. conf. TIRAQVELLVS in tr. *de iudic. in reb. exig.* (δ) Quin etiam licet *actio* fundata ſit, nihilominus tamen *ex officio* a iudice reiicienda, ſi inſigne incommodum reipubl. inde immineat, vel ſcandalum publicum metuatur. Sicuti enim *ſalutis publicæ* rationem ante omnia iudex habere, quæ ſuprema lex eſt, ita quoque *ex officio*, vt ſcandala publica præcaueantur, curare debet. Actiones iniuriarum quandoque fundatæ eſſe poſſunt, ſed non facile permittendæ inter profeſſores, CARPZOV. *in iuriſpr. conſiſt. Lib. II. def.* 412. vel etiam inter miniſtros eccleſiæ, qui exemplum gregis eſſe deberent, MEVIVS *p.* 3. *deciſ.* 217. *tum*, vt vtar verbis MEVII, *quod lites iſtorum cum maximo ſcandalo publico ſunt coniunctæ et vix nunquam ita comparatæ, vt non cultum ſacrum turbent vitia paſtorum, ideo auctoritatem, quam officii ratione habere debent, polluant, officium contaminent, auditores ſcandalizent, totum cœtum in ſiniſtros ſenſus deducant: tum quod ex contentionibus illorum publicis multa enaſcantur mala, eaque non ipſoſmet tantum, ſed totam eccleſiam affligentia.* Conf.

Vel res minimi pretii concernentes.

Vel iacturam reip. inferentes.

diſſ.

diſſ. de iniuſtitia action. iniur. c. 10. §. 7. Par ratio eſt, ſi inter perſonas publicas et inſignes talis contentio eſt, vnde non parum incommodi et turbarum in publicum redundare poteſt, cum plerumque tales contentiones factionibus anſam dare ſoleant MEVIVS *p.* I. *deciſ.* 224. Hiſce et ſimilibus caſibus litigantes minime ad iurgium admittendi, ſed alia via componendi, et in primis per commiſſarios ad pacem reducendi, vel ſi hoc fruſtraneum eſſe videatur, ad principem cauſſa mox deferenda, quippe qui *pro ſalute* reipubl. *ſententiam ex plenitudine poteſtatis*, quam vulgo einen Macht-Spruch vocant, ſine alia proceſſus ordinarii via ferre poteſt et debet. conf. I. S. STRYK. *de reiect. ab act. c.* I. *n.* 22. *ſqq.* (*ε*) Obſtat quoque quandoque *qualitas perſonarum*, contra quas agendum, quo minus iudex citationem ſtatim decernere poſſit, vtpote ſi ſubditi contra dominum territorii agere vellent, a Camera non ſtatim citatio decernenda, ſed prout dicitur in *R. I. de anno* 1654. §. 105. Wie auch inſonderheit denen Unterthanen und Bürgern wider ihre Obrigkeit die Proceſſe nicht leichtlich erkennen, ſondern vorher um Bericht ſchreiben, quod etiam repetitum in *capit.* IOSEPHI *art. III. in f.* Denique (ζ) etiam illæ implorationes *ex officio* ſunt reiiciendæ, quæ ipſi iudici periculum vel moleſtias creare poſſunt, quorſum pertinet, quando actores temere apprehenſionem perſonæ, arreſta, ſequeſtrationes, aliaque, quæ ad rei iniuriam ſpectare poſſunt, petunt, de quibus pleniſſime agit STRYK. *diſſ. de periculo pet. c.* 2.

Vel ob qualitatem perſonarum, contra quas actio mouetur.

Vel iniuriam inſignem continent.

§. IV. Cum itaque ad *officium iudicis* pertineat, actores in huiuſmodi caſibus a limine iudicii repellere, minime audiendi ſunt actores, quando, vt *eorum periculo* citatio decernatur,

Nec periculo petentis in huiuſmodi caſibus actiones concedendae.

natur, petunt. Solent alias iudices ſatis proclines eſſe, vt decernant citationem *periculo* actoris GAILIVS *lib.* I. *obſ.* 119. *n.* 7. MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit.* 4. §. I. *n.* 112. ſed merito hoc reprobat STRYK. *cit. diſſ. c.* 2. *n.* 15. *ſeqq.* cum iudex indulgere non debeat illa, quæ legibus reprobata ſunt, alias magis *ſuo periculo* id facit, quam *litigantium.* Ipſius enim erat, de eo iudicare, an cauſſa eſſet admittenda, an reiicienda, quod tamen re vera arbitrio actoris permittit, quando periculo eius in huiuſmodi caſibus citationem decernit. Proinde quoque non deſunt remedia contra ipſum iudicem, qui officio ſuo deeſt, explicata a STRYKIO *cit. diſſ. c. IV.* Immo quamuis alias a *citatione* appellatio haud admittatur FABER *in C. lib.* 7. *tit.* 26. *def.* 37. *ſeq.* quia tamen in caſibus adductis reum grauaret, et non leue præiudicium contineret, appellationem quoque, quam *extraiudicialem* Canoniſtæ et practici vocant, admittendam eſſe, exiſtimarem cum LYNCKERO *de Grauam. extraiud. p.* 97. et MEVIO *p. III. deciſ.* 158. *et p. IV. deciſ.* 89.

Reiicit quoque iudex ex officio actionem, quam inanem eſſe videt (1) ob exceptionem fori incompetentis.

§. V. Porro vbi vel maxime actio fundata et admittenda eſt, ex alia tamen ratione (II) iudex citationem ſecundum petitum actoris *ex officio* denegare poteſt, ſi ob exceptiones rei iuſtas illam inanem futuram eſſe videt, cum, quæ effectum nullum habitura eſſe videt, iudex admittere non debeat GAIL. I. *Obſ.* 119. *n.* 7. *in f.* Hic refero (1) ſi actio moueatur in foro notorie incompetente. *Si enim notorium ſit iudici*, ait GAIL. *cit. l. iuriſdictionem ſuam non eſſe fundatam, nihil, ne periculo quidem partis, decernet, ne fruſtra ſe et partem aduerſam inutilibus ſumtibus inique fatiget.* In ea vt plurimum iudices ſunt opinione, vt hanc exceptionem ad *iura partium* pertinere credant,

dant, adeoque putent, citationem decernendam, et reo, vt poſtmodum hanc exceptionem opponat, permittendum, quod ſicuti in *caſu dubio* admitti poteſt, teſte GAILIO *cit. l.* ita in manifeſta incompetentia prolixitati litium anſam præbet, quas iudex ex officio præcauere debebat. RIVINVS *ad proceſſ. Sax. tit. 11. enunc. 2.* (2) ſi alias *aperta iniuſtitia* petitum laboret. Ex hoc fundamento ex officio iudex a limine iudicii repellere actorem poteſt, qui ob iniurias leues, ſaltim in rei contumeliam, petitum libelli ad fuſtigationem infligendam dirigit RIVINVS *ad proceſſ. Saxon. tit. 1. enunc. 9.* BERGER *in elect. diſcept. for. tit. 1. obſ. 3. not. 2.* (3) Si is agere intendat, qui notorie agere non poteſt *c. 7. X. de iudic.*

(2) Ob manifeſtam iniquitatem.

(3) Ob actoris inhabilitatem.

§. VI. In primis vero 4) huc pertinet, ſi *ineptus libellus* offeratur, in proceſſu ordinario et de ineptitudine notorie conſtet ſatis decantata eſt *doctrina communis*, ineptum libellum dentibus a iudice lacerandum, vel mitius, *ex officio* reiiciendum eſſe. GAIL. *1. Obſ. 66. n. 4.* BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſent. p. 2. rubr. 13. qu. 3u. n. 112.* Hoc etiam expreſſe prouiſum eſt in *conſtit. elect. 2. p. 1.* **und wenn das** libell **gleich nicht von Parth geſochten, iedoch** ex officio iudicis **verworffen werden ſoll** Conf. I. S. STRYK. *de reiect. ab act. c. 2. per tot.* Cum enim libellus fundamentum totius proceſſus ſit, eique omnia ſuperſtruantur, ſequitur, ex libello inepto omnia ſubſequentia acta corruere ALTIMARVS *cit. l. n. 114.* Verum circa hanc doctrinam hæc obſeruanda ſunt: I) iudicem ineptum libellum ſtatim *ab initio litis* reiicere, et meliorem eius formationem iniungere, adeoque citationem aduerſarii ad interim ſuſpendere debere. Dolenda eſt praxis plerorumque iudicum, quod quemcunque libellum recipiant, parti aduerſæ ſtatim communicent, et cum huius

(4) Ob ineptitudinem libelli.

Et quidem ſtatim ab initio.

Aduocatus ſæpe itidem imperitus ſit, vt vitia libelli non vrgeat, inde fit, vt ſtatim ad diſcuſſionem cauſſæ principalis et probationem pergant, et tandem cauſſa concluſa, acta tranſmittantur et ſententia hæc feratur: **Daß die Klage immaſſen ſie angebracht nicht ſtatt finde.** Ita per incuriam iudicis et imperitiam aduocatorum fruſtra tempus diſcuſſioni cauſſæ inſumtum, et Actor expenſis inutilibus grauatus eſt. Primaria culpa hic imputanda eſt iudici, cui libellus offertur, qui illum ſedulo examinare, et ſi eius ineptitudinem animaduerteret, ſtatim eum *ex officio* reiicere deberet, quia ita omnes litium ambages euitarentur, quod cum rariſſime fiat, et iudex ita *officio ſuo* deſit, inde tot ſententiæ *inanes* reportantur ad tranſmiſſionem actorum. II) Cum ſæpe plures libellis ineptitudines affingantur, quæ vel plane non fundatæ, vel admodum dubiæ ſunt, inde iudicis eſt perpendere, vtrum *ineptitudo* ſit *notoria* an *dubia*. Priori caſu ſtatim libellus *ex officio* reiiciendus, quorſum pertinet: α) Si libellus ſit *alternatiuus*, quem *ex officio* reiiciendum eſſe conſtat, niſi natura actionis vel obligationis id admittat. RIVINVS *ad Proceſſ. Sax., tit. 5. enunc. 30:* ALTIMARVS *cit. l. n. 147.* vbi caſus recenſet, quibus libellus alternatiuus admitti debeat. β) Si ſit *articulatus* tam de iure Saxonico, quam Receſſ. imper. de anno 1654. BERLICH. *p. 1. concl. 11. n. 3.* ALTIMAR. *cit. l. n. 84. ſeq.* γ) Si libellus ſit incertus, generalis, vel obſcurus, vt intelligi nequeat. ALTIMARVS *cit. l. n. 132. etc.* Poſteriori vero communiter aſſerere ſolent, libellum, cuius ineptitudo dubia eſt, in dubio eſſe admittendum, cum in dubio præſumatur aptus, non ineptus. ALTIMARVS *cit. l. n. 164.* Sed hæc ſententia declaratione indiget, diſtinguendi enim ſunt duo caſus: Aut iam libellus talis admiſſus eſt, et cauſſa diſ-

Si ineptitudo ſit notoria.

Si dubia, ab initio quidem reiici debet.

diſcuſſa, aut non. Hoc caſu ſi iudex dubitat; vtrum ad libellum citationem decernere conducat, tutius eſt, vt, reiecto libello, actori aptiorem libellum iniungat, quo inanes litium anfractus, qui ex poſt facto deſuper oriri poſſunt, euitet, præſertim cum, re integra, actor facili negotio aptiorem offerre poſſit. Ita dubitatur, vtrum in actione hypothecaria petitum *alternatiue* formari poſſit? quod plures negant, et talem libellum ex officio reiiciendum eſſe docent. RIVINVS *ad proc. Saxon. tit. 5. enunc. 33.* Alii vero affirmant vid. BERGERVS *ad proceſſ. Saxon. tit. 5. obſ. 9. not. 1.* TITIVS *in iure priuato lib. XII. c. 2. §. 12. ſeq.* Hoc caſu ſane iudex tutius procedit, ſi libellum ſtatim ab initio reiiciat, cum facile ambiguas lites deſuper orituras eſſe præuidere, et præterea contingere poſſit, vt actis tranſmiſſis reus ab inſtantia abſoluatur refuſis expenſis. Ceterum ſi iudex ſemel admiſit talem libellum, et ex poſt facto ſuper *ineptitudine* pronunciandum eſt, in *dubio* iudex potius libellum admittere, quam reiicere debet, MVNSING. *cent. 4. obſ. 5.* GAIL. *1. obſ. 66. n. 9.* BRVNNEM. *in proc. ciuil. c. 5. n. 14.* ne ex nimia ſubtilitate circa libelli aptitudinem cauſſa iam ſatis inſtructa corruat, et lites protelentur, quas abbreuiare iudici *ex officio* incumbit. Abolita eſt iuriſprudentia *formularia* in foris noſtris, vnde tot ſubtilitates circa libellos ſunt natæ. Olim ſtricte inhærendum erat formulis receptis, vt cantores formularum cauſſa prorſus caderent, ſi vel in ſyllaba errarent. Re vera hodie quoque fiunt aucupes verborum, qui tantos ſtrepitus circa libellos mouent. Proinde, admodum durum foret, ſi iudex, cauſſa iam plene in actione hypothecaria inſtructa, propterea, quod libellus *alternatiue* conceptus eſſet, pronunciare vellet: **Daß die Klage, immaſſen ſie angebracht, nicht ſtatt finde.** Equi-

Non facile ex poſt facto.

Equidem negare nequeo, non adeo conuenienter petitum ita contra tertium formari, daß Bekl. mit entweder die 3000. Rthlr. nebſt rückſtändigen Zinſen bezahlen, oder die quæſt. Mühle ſo lange einräumen müſſe, biß ich wegen vorgedachtes capitals befriediget worden; licet enim tertius hypothecæ poſſeſſor debitum ſoluere et rem ab hypotheca liberare *poſſit*, non tamen *debet*, nec eo nomine *obligatus* eſt, adeoque *ſtricto iure* ad ſoluendum conueniri nequit. Verum cum interpretatione rationabili libellus potius adiuuandus, quam cauſſa iam ſatis inſtructa annihilanda ſit, iuuat hoc quoque caſu, ita interpretari libellum, *vt res hypothecæ ſubiectas reſtituat, niſi forſan ſoluere paratus. l. 16. §. 3. de pignor.* quo facto omnia dubia alias moueri ſolita corruunt. Idem obſeruandum de aliis exceptionibus ſubtilibus contra libellum, quibus non attentis, iudex ſaluare libellum debet, quod ex ſubiecta ſententia Menſ. Iun. 1712. a Facult. illuſtri iurid. lata illuſtrare iuuabit.

Sententia. Als dieſelbe uns eingewandte Leuterung und erfolgte Geſetze in Sachen N. N. Bekl. an einem, und I. C. S. Kl. an andern Theil zugeſchickt ꝛc. erkennen wir vor Recht. Daß es der eingewandten Leuterung ohnegeachtet bey dem *fol. act. 56.* befindl. und am *5. Iun. 1711.* eröfneten Urtheil billig verbleibet.

Rationes decidendi.

Facti ſeries. Als der Kläger die Bekl. actione iniuriarum belanget, und den *fol. act. 2.* befindl. libell zu dem Ende übergeben, haben Bekl. demſelben unter andern exceptionem libelli inepti opponiret, und da ſolche in dem *fol. 56.* befindl. Urtheil verworffen, und theils auf die Eydes-Delation, theils auch auf den Beweiß erkandt worden, haben Bekl. davon geleutert. Ob nun wohl die Bekl. vermeynet, daß auf die vorgeſchützte exception allerdings erkandt

Rationes dubitandi.

wer-

werden müſte, daß 1. dies et menſis in dem libello nicht deutlich exprimiret, und ob gleich des 5. huius Meldung darin geſchehen, doch nicht daraus zu ſehen, was vor ein Monath und Jahr gemeynet, dahero denen bekanten Rechten nach dergleichen libelle in actione iniuriarum nicht beſtehen können, nechſt dem auch (a) der libell ſelbſten anzeiget, daß der eine Mitbekl. a. F. V. D. diuerſo tempore nemlich des Mittags, hergegen deſſen Sohn vorhero Klägern beſchimpffet haben ſolle, mithin die libellirte iniurien nicht pro connexis, ſondern diuerſis gehalten werden müſſen, allermaſſen auch Kläger in gedachten libell ſelbſt die iniurien unterſchieden, daß F. V. D. ihn realiter und verbaliter, deſſen Vater hingegen nur verbaliter iniuriirt, bey welchen Umſtänden denn einige Rechts-Lehrer wollen, daß die actiones ſepariret, und gegen einen jeden ins beſonder angeſtellet werden müſſen.

RIVINVS in enar. ad ord. proc. tit. 5. enar. 3. ſeqq. MEV. p. 1. deciſ. 113.

Worauf denn auch nicht allein die Herren Lipſienſes in den fol. 89. befindl. rationibus decidendi allbereit euentualiter reflectiret, ſondern auch die Herren Scabini Hallenſes in ihren *fol. act.* 69. befindl. *reſponſo* ſolches beſtärcket, wozu noch 3) hinzu komt, daß Kl. in ſeinen *fol. 2.* befindl. libell zwar dem F. V. D. den Eyd deferiret, aber nicht ſpecifice determiniret, über welche puncta und momenta cauſſæ die Eydes-Delation gehen ſollte, und da alſo aus dieſen erhellet, daß der libell in vielen puncten mangelhafftig ſey, die Klage billig etiam ex officio verworffen werden müſſen.

Diewel aber dennoch einem iegſichen Richter billig von Amts wegen oblieget, daß er den Klag-Libell ohne dringende Ur- *Rationes decidendi.*

Urſachen nicht verwerffe, vielmehr die exceptiones, welche bloß auf apices iuris inanes ſich gründen, ex officio hindan ſetze.

MYNSING. *cent. 4. obſ. 5.* GAIL. I. *obſ. 66. n. 9.*

Adeoque magis libellum iuxta intentionem actoris interpretatione iuuare quam reiicere conuenit.

GAIL. I. *obſ. 61. n. 16.* BRVNNEM. *proc. ciu. c. 5. n.* 14.

Und dahero der libellus in dubio billig zu admittiren.

MEV. *p. 5. deciſ. 197.*

Dahero denn, wenn angeführte grauamina beleuchtet werden, daraus ſo fort erhellet, daß ſolche in mera ſubtilitate ſich gründen, anerwogen quoad primum das Inſinuations-Schreiben klärlich zeuget, daß der 5. Jun. 1710. verſtanden werden müſſe, und daß ſolches dem Bekl. zugleich mit inſinuiret ſey, aus der regiſtratur *fol. 135.* befindl. atteſtato marginali erhellet, hiernechſt bey dem andern grauamine die Umſtände es geben, daß die iniurien von Vater und Sohn bey einer Gelegenheit ſich ereignet, und wie die Herren Wittebergenſes in ihren rationibus decidendi wohl erinnert, pro connexis zu halten ſeynd, und ob gleich der Kläger in ſeinem libell angezeiget, daß der Käyſerl. Rath V. D. des Nachmittags und alſo diuerſo tempore Klägern abermahl beſchimpfet, doch ſolches pro diuerſa iniuria nicht geachtet werden möge, da dieſelbe ex eodem fundamento et cauſſa hergefloſſen, überdem es auch auf eine bloſſe ſubtilität hinaus lauft, daß man um deßwillen eine Klage verwerffen ſolle, wenn diuerſi rei wegen eines delicti belanget werden, dergleichen exceptiones ſubtiles doch ein Richter ex officio verwerffen muß.

MEV. *p. 6. deciſ. 196.*

Abſonderlich in Iniurien-Proceſſen, bey welchen vornehmlich ein Richter alle apices iuris hindan ſetzen, im Gegentheil aber Amts wegen

wegen davor ſorgen muß, daß ſolche, remotis omnibus ambagibus, ſchleunig zum Ende kommen, und ſo viel endlich das lezte grauamen betrift, ſolchem zur Gnüge durch das *fol. 56.* befindl. Urthel abzuhelfen, und ſecundum intentionem actoris, welche er *fol. act. 39.* angeführt, declarirt werden, welche puncta die Eydes-Delation eigentlich angehen, und welche mit Zeugen bewieſen werden ſollen. Wozu ſich auch Kl. bereits *fol. act. 92.* angeſchicket, im übrigen Bekl. ſo wohl das reſponſum ſcabinorum Hallenſium als den Beyfall der ICtorum Lipſienſium einiger maſſen vor ſich haben; So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen, und reſtitutionem impenſarum zu übergehen, bewogen worden.

§. VII. Præterea quoque iudex, qui breuitati litium ſtudet, ineptum libellum *ex officio* reiiciens rationes ſubiicit, quare libellus reiectus ſit, vtut non fuerint petitæ a iudice extraneo, BERGER *ad proc. Saxon. tit. 5. obſ. 9. not. 5.* vel in ipſa ſententia actorem in rectam viam deducit; MEVIVS *p. 8. deciſ. 134. n. 67.* prout *Menſ. Octobr. 1711.* Facultas Iurid. Hallenſis in caſu, vbi actio pignoratitia contra tertium poſſeſſorem erat mota, reſpondit: Nunmehro aus denen Acten ſo viel zu befinden, daß Beklagter auf die Klage, immaſſen ſie angebracht, ſich einzulaſſen nicht ſchuldig: Würde aber Kläger den quæſtionirten Garten, wie ſich denen Rechten nach gebühret, von Beklagten vindiciren, ſo iſt alsdenn Beklagter ſich darauf einzulaſſen pflichtig. Conf. BRVNNEMANN. *de proc. ciu. c. V. n. 14.* Denique IV) libellum ineptum *ex officio* haud reiiciendum eſſe volunt, qui *clauſula ſalutari* munitus eſt BLASIVS ALTIMARVS *cit. l. n. 131. ſeqq.* De eo vero admodum dubito, propter illa, quæ *cap. I.* dicta ſunt. Oſtendi, huius clauſulæ vſum exiguum eſſe, vbi *actio ordinaria*, de qua hic agitur, mota eſt, in qua

Vt tamen iudex rationes reiectionis ſubiiciat.

Nulla ratione habita clauſulæ ſalutaris.

imploratio officii iudicis ceſſat, quæ hac clauſula continetur. Si ergo notorie ineptus eſt, veluti in cauſſa *locati* articulate formatus, clauſula ſalutaris eum minime ſaluare poſſet, quæ tantum vtilis eſt, ſi iudex in eiuſmodi cauſſa *ſummarie*, per extraordinariam cognitionem procedere poſſit.

Aduocati inhabiles ex officio reiici poſſunt.

§. VIII. Hoc modo iudex actionem vel *in totum* vel *in tantum* ex officio reiicere debet. Vbi vero ita comparata eſt, vt admitti debeat, non ſtatim tamen quilibet eam offerens, admittendus eſt, cum etiam iudex *ex officio* in certis caſibus *aduocatos* et *procuratores* repellere poſſit. Prohibentur plures poſtulare prout commentatores ad titulum *de poſtul.* oſtendunt et ICtus explicat in *l. 1. D. de poſtul.* Fundamentum, quod iudex hic *ex officio* procedere, et prohibitos repellere poſſit, proponit VLPIANVS in *l. 1. pr. eod.* his verbis: *Hunc titulum prætor propoſuit habendæ rationis cauſſa, ſuæque dignitatis tuendæ et decoris ſui cauſſa, ne ſine delectu paſſim apud ſe poſtuletur.* Quod autem concernit *dignitatem et honorem iudicis*, de eo *ex officio* iudex decernit, ſine partium etiam exceptionibus. PETRVS DE FERRARIIS *in prax. Pap. h. t. 2. gl. 14. n. 6.* pertinet huc diſpoſitio *ordinat. Camer. de anno 1507. tit. 35. §. 1.* Richtern und Urtheilern gebühret vom Amts wegen Aufſehen zu haben, daß denen Proceſſen des rechten vor uns durch niemands anders, denn die Principal ihr vollmächtige derſelben Anwald, unter ſetzen, und die Perſon des rechten mit gebührlicher Caution zu laſſen, ordentl. und dermaſſen gehandelt, daß denen Gerichten noch der Partheyen kein Schimpfirung noch Nachtheil geſchehe, quæ verba licet de *procuratoribus* eorumque ſubſtitutis loqui videantur, quin tamen etiam aduocatis applicari poſſint, ratio adducta ſuadet. Qui ergo *edicto* prætoris *prohibitorio* arcentur a po-

ſtu-

ſtulando, ne quidem conſentiente aduerſario, admitti poſſunt, prout clare decidit ICtus in *l. 7. de poſtul.* inquiens: *Quos probibet prætor apud ſe poſtulare omni modo probibet, etiamſi aduerſarius eos patiatur poſtulare*, qui eos poteſt ex officio repellere *l. 1. §. 6. in f. de poſtul.* In primis vero *ex officio* repellendi ſunt aduocati, qui aperte artem rabuliſticam exercent, vel in conuitiandi temeritatem prorumpunt *l. quiſquis 6. §. 1. C. de poſtul.* quod variis ex ordinationibus locorum illuſtrat MARTINI *ad proceſſ. ſaxon. tit. 3. §. 1. n. 23.* adeo vt etiam eorum ſcripta in iudiciis exhibita, quæ eiuſmodi conuitia ſpirant, ab actis reiiciantur et remoueantur MEVIVS *P. 2. deciſ. 344.* MARTINI *cit. l. n. 24.*

An procuratores inhabiles reiiciendi.

§. IX. In procuratore diſtinguendum eſt, vtrum *inhabilis* ſit, qui procurator eſſe nequit, quorſum pertinent mulieres, milites, minores, miniſtri eccleſiæ etc. an vero *illegitimatus*. Quod *inhabiles* attinet, vtrum *ex officio* repellendi ſint quæritur? Equidem quod *poſſint* repelli a iudice non dubitatur, cum qualitatibus a lege requiſitis deſtituantur, ſed an neceſſario *debeant* vel inde dubium eſt, quod admiſſio eorum nullitatem non operetur, adeo vt qui cum inhabili procuratore litem conteſtatus ſit, exceptionem *inhabilitatis* poſtea opponere nequeat *L. 8. §. 2. D. de procur. L. 13. C. eod.* Inde quoque minorem, modo 17. annum exceſſerit, admitti poſſe, cenſet BERGER *ad proc. Saxon. tit. 3. obſ. 2. n. 10.* ſi pars non opponat: quamuis enim in *c. 5. de procur. in 6.* maiorennitas plena in procuratore requiratur, minime tamen oſtendi poteſt, quod hic defectus ætatis nullitatem proceſſus inducat, vti indiſtincte cenſet MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 8. n. 24.* Sic etiam ſi clerici procuratores ſemel admiſſi ſunt, quod forſan ante L. C. iis non ſit obiecta exceptio *inhabilitatis* geſta eorum irritari nequeunt,

ALTIMAR. *de nullit. ſentent.* P. *II. rubr. 11. qu. 26. n. 61. Imperitos* tamen procuratores et aduocatos plane repellendos eſſe, diſponitur in *ordin. proceſſ. Saxon. tit. 3.* §. *2.* Diuerſa eſt ratio *illegitimatorum*, cum enim defectus mandati *nullitatem*, quam iudex præcauere debet, inducat, ſtatim a limine iudicii repelli debent, *l. 1. l. 24. C. de procur.* MEV. *P. 3. deciſ. 23. n. 6.* ZAVNSCHLIFFER *de offic. iudic. ſupplet. P. II. concl. 4.* §. *2.* CARPZ. P. *1. C. 1. def. 26. n. 3.* immo in quauis iudicii parte adhuc repelli poſſunt, GAILIVS *lib. 1. Obſ. 47. n. 2.* niſi pars aduerſa expreſſe conſentiat, procuratorem ſine mandato admitti poſſe, quo caſu *ex officio* repelli nequit MEVIVS *p. 3. deciſ. 23. n. 6.* Quodſi tamen dubitatur, vtrum mandatum acceperit nec ne, *ex officio* ei iniungi debet *legitimatio*, daß vor allen Dingen Klägers Anwalt ſeine Perſon durch eine ad acta gegebene Vollmacht zu legitimiren ſchuldig MEVIVS *p. 2. deciſ. 126. et p. 5. deciſ. 13.*

De illegitimatis.

§. X. *Temporis* quoque habenda eſt ratio in actione vel mouenda vel proſequenda. Qui in *feriis diuinis* lites cum altero ſuſcipere vellet, eo etiam conſentiente, tamen ex officio repellendus eſſet, cum feriis diuinis renunciari nequeat MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 4.* §. *1. n. 169.* quem caſum tamen hodie non facile dabilem eſſe arbitror, cum hiſce feriis iudicia clauſa ſint, et per neceſſariam conſequentiam deficiat facultas agendi.

In feriis diuinis ex officio repellendi litigantes.

§. XI. Sicuti vero *reſpectu actoris* iudex, quæ friuole, nulliter vel inepte propoſita ſunt, *ex officio* reiicit, ita quoque malitiæ vel deſidiæ *rei* nihil indulgere, ſed, quæ ab eo *friuole, inepte* et *nulliter* proponuntur, reiicere, etiam actore haud vrgente, debet: de eo enim iudicare, cum ad *officium* iudicis ſpectet, ſimul quoque ſine actoris allegatione ſtatim eiuſmodi

Reorum quiſquilias reiicit iudex.

quiſ-

quiſquilias reiicere debet, quod plena manu expoſitum eſt in *diſſertat.* I. S. STRYKII *de reiectione ab actis c. 3.* vt proinde rem in compendio referre ſufficiat. Nam 1) quot fraudes in *exceptionibus* opponendis committuntur ad litem protrahendam vel inuoluendam! Vbique fere opponi ſolet exceptio pro *reconuentione* et *expenſis*, et vel raro vel nunquam rei ius reconueniendi allegare poſſunt, nec cauſſa ita comparata eſt, vt actor in expenſas condemnari queat. Vnde merito tales exceptiones *ex officio* repelluntur MEV. *P. 2. deciſ. 26.* ſi vel maxime actor illas intactas reliquerit. Non alias autem quam notorie *friuolas* reiicit, *dubias* admittit ad deductionem vlteriorem, et de iis decernit. Bene MEVIUS *p. VII. deciſ. 171. n. 2.* hac de re differit: *ad iudicis officium pertinet, vtrinque diligenter conſiderare, quæ ad litem releuent, nec inutilem partium litem ſinere, ſed ſua prouidentia præpedire. At ita demum, ſi ex actis notorium ſit, eſſe friuolas. Quodſi id plane manifeſtum nondum ſit, vtique admittere decet.* Add. ZAVNSCHLIFFER *de offic. iud. ſupplet.* P. II. *concl. 11. §. 1.* BLASIVS ALTIMARVS *p. 1. rubr. 5. qu. 75. n. 63. ſeq.* Non tantum autem friuolæ ſunt, vbi plane non ſunt fundatæ, ſed vbi *nulliter* opponuntur, e. g. *dilatoriæ* poſt litem conteſtatam, quæ in primo termino opponi debuiſſent, vel ſi natura proceſſus, e. g. *exſecutiuus*, oppoſitas exceptiones non admittat etc. Reiicit autem iudex tales exceptiones vel *expreſſe* vel *tacite.* Prius fit communiter per generalem clauſulam: **einwendens ohngeachtet**, qua reiiciuntur exceptiones, ſuper quibus antea diſputatum erat. Poſterius fit, *ſi iudex ad vlteriora procedit*, non pronunciando ſuper exceptionibus dilatoriis veluti *fori incompetentis, inepti libelli etc.* quod potiſſimum in iis iudiciis fieri ſolet, quibus rariſſime iudex

Videlicet 1) exceptiones friuolas.

dex de ſingulis punctis *incidentibus* pronunciat, vti quidem in Saxonia moris eſt. Si tamen exceptio iudicium retro nullum reddat, hæc eo ipſo minime tacite cenſetur reiecta, ſed ſemper poteſt opponi. ALTIMARVS *de nullit. ſentent. P. 1. rubr. 9. qu. 189. n. 119. ſeqq.* II) Cum litis *conteſtatio* ſit lapis angularis et fundamentum litis, non tantum eius omiſſio vitiat proceſſum, ſed ſi vitium in ſe contineat, *Idem cit. l. p. 2. rubr. 13. qu. 112. n. 11.* veluti ſi *generalis*, *obſcura*, et *dubia* eſt, qualem iudex *ex officio* reiicere debet, ZAVNSCHLIFFER. *cit. tr. P. 2. concl. 10.* BERLICH. *P. 1. concl. 26. n. 14. ſeq.* licet vel maxime actor ne quidem vitia notauerit. Interim incuria hæc aduocatorum ſæpe clientibus noxia eſt, qui *vitia litis conteſtationis* haud proponunt, quo ipſo fit, vt facile quoque in pronunciando admittatur, vnde tamen poſtea nouæ naſcuntur remoræ, immo eo ipſo reus pro confeſſo et conuicto haberi nequit, ſi actor accuſationem contumaciæ omiſit, ſed tantum in expenſas termini condemnatur, iniuncta meliori litis conteſtatione. RIVINVS *in enunc. ad proceſſ. Saxon. lib. 16. enunc. 22. ſeq.* Cum vero non vbique adeo ratio haberi ſoleat *accuratæ* litis conteſtationis, inde in illis iudiciis adhuc frequentatur *vſus poſitionum*, quæ ſuas qualitates legitimas habere debent, de quibus agit STRYK. *in V. M. tit. de interrog. in iur. fac. §. 48.* MICHALOR *de poſition.* Quodſi itaque III) *poſitiones* vel *reſponſiones* ad illas vitio laborant manifeſto, judex eas *ex officio* reiicere debet, vt inanem actum, immo inania euitet iuramenta. In primis *impertinentes* reiiciendi, MICHALOR *cit. tr. c. 14. n. 14.* quales dicuntur ſecundum *R. I. de anno 1654. §. 41.* die nicht aus dem Klag-Libell gezogen, und daran der Sachen Subſtantz und Haupt-Weſen nicht hanget. Immo Aduocatos impertinentes poſitiones

2) Litis conteſtationem ineptam.

3) Poſitiones ineptas vel otioſas.

nes offerentes *ex officio* puniendos eſſe docet BRVNNEMAN. *in proc. ciuil. c. 17. n. 11.* Si tamen dubium quoddam ſuperſit, conſultius eſt, vt iudex eas potius admittat, quam temere reiiciat, ne ſuper *pertinentia poſitionum* diſputando lis protrahatur, et ponens ad remedium appellationis facile prouocet, MICHALOR *c. 19. n. 39.* Eadem diuiſio locum habebit, ſi alia vitia manifeſta in poſitionibus occurrunt.

§. XII. Pergo ad *probationem*, quæ cum *iudici* fiat, vt is de *veritate facti* informetur, non dubium eſt, quin multa *ex officio* circa hanc facere, et in primis impedire debeat, ne factum magis intricetur quam extricetur. Hoc fit: I) Si irreleuantes articuli offeruntur, quos ſtatim iudex reiicere debet *l. 21. C. de probat.* GAILIVS *1. obſ. 81. n. 15.* Sed iudices plerumque in praxi ſuo deeſſe officio, grauiter conqueritur MEVIVS *p. 3. deciſ. 241. n. 2.* inquiens: *Parum in multis iudiciis hoc curatur, et raro accurata atque ſollicita ei opera impenditur, ſed indiſcriminatim totum libellum et omnes articulos ad reſpondendum, excipiendum, probandum admitti videmus. Non poſſumus eius aliam cauſſam ſuſpicari, quam iudicum aut imperitiam aut deſidiam; quod vel nolint, quia ea res ſtudium non leue depoſcit, vel non poſſint, quia niſi accurati iudicis dexteritate fieri non poteſt, pertinentes atque releuantes diſcernere. Vulgare refugium eſt ad clauſulam: ſaluo iure impertinentium et non admittendorum, quam vt ſalutarem adhibent. Hæc quidem aliquando vt remedium aſſumenda, ſed non vltra, quam neceſſaria. Haud vero ea opus, niſi in dubio, quando ſatis non apparet, an articuli ſint impertinentes. At cum iudici manifeſtum eſt, vel facile deprebendere licet, non pertinere ad cauſſam articulos, nihil releuare, etſi probarentur, tam ingens abuſus eſt illius clauſulæ, quam in-*

Circa probationem iudex ex officio reiicit I) irreleuantia.

congruum, ineptum, inutile, immo noxium ipſos admittere. Præterquam quod valde culpandus eſt iudex, qui in illo examine atque diiudicatione officium ſuum negligit et cauſſa prolixioris, ſæpe etiam inutilis et ſumtuoſæ litis exiſtit etc. Equidem vrgere ſolent, paratam eſſe alteri appellationem, ſi *ex officio* reiiciat; aſt vero etiam friuolæ apellationes reiiciendæ, quid quod etiam alter appellare poſſit, ſi iudex impertinentes temere admittat, vt docet MEVIVS *cit. l. in f.* II) Probatio quoque impeditur per nimiam teſtium multitudinem, vnde iudici permiſſum eſt ſuperfluos reiicere. *c. 29. X. de teſtibus.* III) Idem contingit, ſi *notorie inhabiles* producuntur, v. g. liberi pro parentibus, et vice verſa, *l. 6. l. 9. de teſtibus.* CARPZOV. *p. I. c. 16. def. 48.* quorum teſtimonium foret fruſtraneum, qualem actum iudex admittere haud debet. Si teſtis *infamia iuris* laborat, æque inhabilis eſt, adeoque *ex officio* reiiciendus. Equidem ſolet opponi, quod aduerſarius, qui inhabilem ſcienter admittit, in eum conſenſiſſe videatur, adeo, vt iuxta *c. 31. X. de teſtibus* publicatis atteſtationibus ne quidem exceptionem inhabilitatis opponere amplius queat, quo ipſo iudex actum fruſtraneum committere haud videtur. CARPZOV. *lib. 3. reſp. 87. n. 12.* At vero textum de *notoria inhabilitate*, eaque *abſoluta*, haud intelligendum eſſe, vel inde patet, quod adhuc de inhabilitate excipere aduerſarius poſſit, ſi iuramentum *malitiæ* præſtare paratus ſit; hoc vero ſemper præſtare poteſt, ſi abſoluta inhabilitas teſti reſiſtit, et ita re vera examen fruſtraneum eſt. His annumerandi videntur vacillantes et ambigui, quos etiam iudex *ex officio* reiicere poteſt. NICOL. CALVOL. *in prax. iud. §. iudex. concl. 9. n. 9.* IV) Hoc quoque curare debet iudex, vt probatio in debita *forma* producatur, alioquin eam ſtatim reiicere debet, *cum impe-*

II) Teſtium numerum ſuperfluum.

III) Teſtes inhabiles.

IV) Probationem informem.

Digitized by Google

impedire debeat, ne male litigetur, et adeo proceſſum ad iuſtitiam etiam ex officio dirigere, vt ait MEVIVS *p. V. deciſ. 302. n. 4.*

V) Dilationes nimias.

V) Protelantur probationes ex nimiis *dilationibus*, quas probaturi petere ſolent, quas iudex itidem *ex officio* reiicere debet. Interim ſi admiſit, alterque ſe haud oppoſuit, vel dilationem non eſſe concedendam docuerit, dilationem propterea pro nulla haberi non poſſe, cenſet BERGER. *ad proceſſ. Saxon. tit. 20. obſ. 4. not. 6. p. 673. ſeq.* adductis præiudiciis, in quibus *p. 675.* hæc ratio occurit; Wie denn auch der Gegentheil nicht extra culpam, daß er in Zeiten denen geſuchten dilationibus ſich nicht wiederſetzet, den Richter ſeines officii hierunter nicht erinnert, und dadurch die Verſtattung nicht verhütet ꝛc. Verum de hac ſententia merito dubito cum MEVIO *p. IX. deciſ. 24.* quin iudex, quando ita temere dilationem concedit, peccat quidem, ſed tamen etiam probaturus peccat, qui temere illam petit, adeoque *periculo eius* re vera decernitur, quod in præiudicium aduerſarii cedere nequit, ſi hic de *ſub-* et *obreptione* ſeu *falſitate cauſſæ* docere poſſit.

VI) Interrogatoria friuola.

VI) Turbant quoque probationem *interrogatoria friuola* et *inepta*, a iudice etiam *ex officio* reiicienda. Huc pertinent α) interrogatoria *generalia ad cauſſam*, quæ legibus prouincialibus reprobata ſunt. MARTINI *in proc. Saxon. tit. 20. §. 2. n. 3. ſeqq.* β) *criminoſa* reprobata per *R. I. de anno 1654. §. 53.* γ) *impia*, quod exemplo illuſtrat MEVIVS *p. IV. deciſ. 470.* δ) *inepta*, quæ nihil operantur, qualia plura adducit I. S. STRYK. *de inept. interrogat.*

VII) Rixoſæ diſputationes.

VII) Finita probatione diſputationes ſuperſunt, quæ vtinam haud degenerare ſolerent in rixas futiles, iniurias aliasque haud ferendas calumnias, vnde nouæ actiones iniuriarum naſcuntur. Has iudex præcauere poſſet et deberet, ſi *ex officio* ſtatim talia ſcripta

reiiceret, nec alteri parti communicaret, prout monet MEVIVS *p. 2. deciſ.* 349. et plenius illuſtrat I. S. STRYK. *de reiect. ab act. c.* 4. Sed ita late patet *officium iudicis*, vt ſpecialiſſimas concluſiones omnes congerere haud neceſſe ſit.

De reiectione Leuterationis

§. XIII. Denique cum quoque inſignis abuſus deprehendatur circa *remedia ſuſpenſiua*, quis denegaret iudici facultatem reiiciendi *ex officio* petitionem victi friuolam? Proinde circa *Leuterationem* prouide conſtitutum in *ordin. proc. Saxon. tit.* 35. §. 4. vt arbitrio iudicis diſcreti committi debeat, vtrum Leuteratio ſit reiicienda, an recipienda, an denique ante receptionem *iuramentum malitiæ* deferri debeat. Hoc ex ipſa qualitate grauaminum facile iudex diiudicabit, quæ proinde in ſchedula Leuterationis exprimenda, et vtplurimum otioſa ſunt, ſi a ſententia interlocutoria mera Leuteratio interpoſita ſit, vt proinde iudex, monente BERGERO *ad proceſſ. Saxon. tit.* 35. *obſ.* 4. *not.* 2. *p.* 956. pronior eſſe debeat ad illas reiiciendas quam accipiendas. Noui quidem quod etiam de nouo *a reiectione* leuterari ſoleat; ſed eadem facilitate iudex eam etiam reiicere debet, quam interpoſita eſt, ſi de grauaminum irreleuantia conſtat. In reiicienda appellatione non idem arbitrium iudici inferiori relictum eſt, cum primario ad *iudicis ſuperioris* arbitrium ſpectet, vtrum appellatio reiici an recipi debeat, quid quod in *l.* 21. *C. de appell.* ſub pœna inferioribus prohibitum ſit, appellationes reiicere, quæ eorum poteſtatem ſuſpendunt *C.* 31. *X. de appellat.* SCACCIAS *de appell. qu.* 13. *n.* 100. *ſeq.* Hoc tamen cum grano ſalis intelligendum eſſe, nemo negabit, cum notorie friuolæ, veluti ſuper *cauſſis inappellabilibus* interpoſitæ, omnino reiiciendæ ſint I. S. STRYK *de reiect. ab act. c.* 5. *n.* 20. *ſeqq.* In Saxonia

et appellationis.

Digitized by Google

nia per mandatum de anno 1691. ne iudices inferiores hic peccare, et excedere poſſent, eis iniunctum eſt, daß ſie ohne Unterſcheid in allen ſo wol Inquiſition- als Civil- und Policey- auch Innungs-Sachen auf die eingewandte Appellationes in der Zeit ihre unterthänigſte Berichte, nebſt Einſendung der vollſtändigſten Acten zu erſtatten gehalten ſeyn ſollen, vt hoc modo iudex ſuperior ſtatim decernere queat, an et quatenus admitti poſſit. Huc etiam extra Saxoniam pertinet, quando *refutatorii* apoſtoli loco *reuerentialium* dantur, in quibus exponuntur iudici ſuperiori cauſſæ, ob quas appellatio recipienda non ſit, quamuis his non attentis, nihilominus ſuperior recipere eam queat. Et quidem ſemper conſultius eſt, vt iudex inferior potius *refutatorios* det *apoſtolos*, quam abſolute appellationem reiiciat, cum IVSTINIANVS in *Nou.* 82. *c.* 12. generatim ſanxerit, *iudices inferiores omnibus modis appellationem ſuſcipere debere*, quod præiudicio illuſtrat BERGER. *ad proc. Saxon. tit.* 35. *obſ. VII. in f.* quod tamen an ad principum iudicia, a quibus ad Cameram appellatur, applicari poſſit, vel ideo dubito, quoniam hæc non ſimpliciter cum iudiciis inferioribus comparari queunt. Quid enim, ſi appelletur in cauſſa *criminali eccleſiaſtica*, vel ſummam appellabilem non habente, adeoque appellatio notorie friuola ſit? Talis vtique appellatio tenderet in præiudicium Domini territorii, eiusque iura et priuilegia læderet, adeoque merito coercenda foret *c.* 5. *de appellat. in* 6.

De officio iudicis ſuperioris circa appellationem recipiendam.

§. XIV. Primaria ergo cura eſſe debet iudicis *ſuperioris*, vt *appellationem friuolam* ſtatim reiiciat, licet vel maxime ab inferiori admiſſa ſit, *c.* 5. *de appell. in* 6. forſan quod *reuerentiales* dederit, quippe qui plerumque non pro conditione

 cauſſæ,

cauſſæ, ſed vel ex imperitia vel in curia concipiuntur. BERGER *cit. l. p.* 956. Cum vero iudex ſuperior ex Grauaminibus adductis non ſemper de reiectione vel admiſſione iudicare queat, neceſſe eſt, vt ſtatim acta prioris inſtantiæ ad eum tranſmittantur, ne exſpectatis quidem compulſorialibus, vt prouiſum eſt *in R. I. de anno* 1654. §. 61. *ſeq.* Etſi reiecta *ex officio* appellatione, de nouo inſtet et admiſſionem ſedulo vrgeat, nonnunquam indulgere ſolet appellantibus, vt ſuper quæſtione *admiſſibilitatis* cum appellato procedant, et acta ad extraneum tranſmittantur iudicem. Præter ea non tantum ſtatim ab *initio ex officio* friuolam reiicere, ſed ſemel admiſſam ex poſt facto repellere debet, ſi appellatio ex quacunque cauſſa deſerta ſit, etſi appellatus ne quidem deſertionis exceptionem oppoſuerit, quod plenius declarat ZAVNSCHLIFFER. *cit. tr. P. H. concl.* 15. §. 4. *n.* 11.

CAPVT IV.
DE
IVDICE EX OFFICIO OMISSA A PARTIBVS SVPPLENTE.

ARGVMENTVM.

§. I. *Officium iudicis ſuppletorium. II. De illo regulæ. III. Officium in ſupplendis eis, quæ ad integritatem iudicii pertinent in iniungendo calumniæ iuramento, IV. in puniendis calumnioſis aduocatis, V. in coercendis mendaciis, VI. et contumacia, VII. in ſupplenda exceptione legitimationis ad cauſſam, VIII. in ſequeſtro ex quietis publicæ conſeruandæ cauſſa decernendo. IX. Officium iudicis in abbreuiando proceſſu, per tentatam amicabilem compoſitionem, negatas dilationes, conſtitutos commiſſarios, concluſionem cauſſæ ex officio decretam. X et XI. Officium iudicis in ſupplendis, quæ iuris communis ſunt, XII. in ſupplendis exceptionibus facti, de quarum veritate ex actis conſtat.*

§. I.

§. I.

Fundamentum officii iudicis ſuppletorii.

Denique *officium iudicis* quoque in eo conſiſtit, vt, quæ omiſſa ſunt a partibus, ſuppleat. Equidem videri poterat, iudicem facilius *ex officio* inutilia, friuola, et quæ exitum litis difficiliorem reddítura ſunt, *reiicere*, quam quæ ab aduocatis partium haud propoſita et adducta ſunt, deciſioni rei tamen inſeruiunt, *ſupplere* poſſe, cum de his eidem non æque conſtare poſſit, ac quidem de illis, et, quæ ad *iura partium* pertineant, ſi non proponuntur, et allegantur, pro omiſſis et hic haberi debeant, quibus tacite renunciatum eſſet. Dubio huic occurrunt legislatores in *l. vn. C. vt quæ deſint aduoc. part. iudex ſuppl.* aiens: *non dubitandum eſt, iudicem, ſi quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis aſſiſtunt, minus fuerit dictum, id ſupplere et proferre, quod ſciat legibus et iuri publico conuenire.* Dubitatum hac de re olim apud Romanos fuiſſe, docent ea, quæ de *officio* iudicis ediſſerit FAVORINVS apud GELLIVM *in N. A. lib. XIV. c.* 2. vbi præmittit: *diſceptationem de omni officio iudicis eſſe multiiugæ et ſinuoſæ quaeſtionis, multaque et anxia cura et circumſpicientia indigens. Namque* pergit, *vt pauca tibi nunc quaeſtionum capita attingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quæritur: ſi iudex forte id ſciat, ſuper qua re apud eum litigatur, eaque res vni ei, priuſquam agi cœpta, aut in iudicium deducta ſit, ex alio quodam negotio caſuque alio, quæ cognita liquido et comperta ſit, neque tamen in agenda cauſſa probatur: oporteatne eum ſecundum ea, quæ ſciens venit, iudicare, an ſecundum ea, quæ aguntur* h. e. an iudex illa *ex officio* ſupplere debeat, quæ ſunt facti? Pergit FAVORINVS: *Id etiam quæri ſolet an deceat atque conueniat iudici, cauſſa iam cognita, ſi facultas eſſe videatur, componendi negotii, officio paulliſper iudicis dilato, communis amici et quaſi pacificatoris partes recipere* h. e. an iudex *ex officio* tentare debeat amicabilem compoſitionem? *Atque illud,* pergit, *amplius ambigi*

bigi et dubitari ſcio: debeatne iudex inter cognoſcendum ea, quae dicto quaeſitoque opus eſt, dicere et quaerere, etiamſi cuius ea dici quarique intereſt, neque dicat neque poſtulet? His verbis proponit FAVORINVS ſtatum eius controuerſiae, cuius deciſionem Imperatores in *l. vn. cit.* dederunt, adeoque maxime ante dubium fuiſſe videtur, vtrum iudex ex officio ſupplere poſſit, ſi quid minus a partibus dictum fuerit, quod allegari debuiſſet? Ratio dubitandi erat, quam FAVORINVS ſubiungit, *quod patrocinari prorſus hoc eſſe videatur, non iudicare.* Deſudarunt olim in his aliisque quaeſtionibus ICti magni nominis, inter quos GELLIVS laudat AELIVM TVBERONEM, praecepta *de officio iudicis* ſuggerentem, cuius commentatio, vt adhuc ſupereſſet, optandum foret.

Per quatuor regulas illuſtratur. §. II. Deciſa tandem haec eſt controuerſia in *cit l. vn.* et in genere cautum, iudicem *ex officio ſupplere illa debere, quod ſciat legibus et iuri publico conuenire*, licet a partibus haud propoſitum ſit. ***Prima regula.*** Vnde ſtatim fluit (I) *iudicem illa ex officio debere ſupplere, quae ipſius iudicii auctoritatem, integritatem et quietem publicam* concernunt, quia hoc in primis legibus conuenit, et iudicis curae ea demandata in genere ſunt, ſine quibus vigor iudiciorum ſubſiſtere nequit *l. 19. §. 1. de offic. praeſid. l. 1. pr. ſi quis ius dic.* ***Secunda.*** (II) *iudicem ex officio ſupplere poſſe, quae ad abbreuiandas lites ſpectant,* cum hoc primario iudicibus iniunctum *l. 21. pr. D. de reb. cred.* et praeterea in iure hinc inde ratio abbreuiandarum litium praeſcripta ſit. ***Tertia.*** (III) *iudicem ſupplere etiam illa poſſe, quae alias iuri communi conueniunt ſiue ipſa cauſſae merita ſiue proceſſum reſpiciant:* Iura *ſpecialia,* quae a iure communi recedunt, haud ſupplere *debet,* licet *poſſit,* cum qui beneficio ſuo non vtitur, ei renunciaſſe videatur. Conſtat fideiuſſoribus competere beneficium *ordinis* et *diuiſionis*, quod index non ſupplet, ſed ſibi imputa-

re

re debet, qui his beneficiis potuit iuuari, et *deſiderare*, vt vel pro parte vel in ipſum debitorem daretur actio, ſi hoc omiſit §. 4. *I. de fideiuſſ.* Ne quidem in feminis iudex ſupplet exceptionem *SCti Velleiani*, ſed, ea non oppoſita, mulierem ex fideiuſſione condemnat, quod etiam de filiofamilias, SCti Macedoniani exceptione tuto, dicendum eſt. *l.* 11. *D. ad SCt. Maced.* Beneficia iuris enim non tollunt *ius commune*, nec corrigunt, ſed temperant, adeoque iudex in pronunciando illud ſimpliciter ſequitur, quatenus beneficia litigantibus indulta haud allegantur. IV) *Iudicem ea etiam ex officio ſupplere poſſe, quæ facti ſunt, quatenus de illorum veritate ex actis conſtat.* ZAVNSCHLIFFER *de offic. iud. ſupplet. p.* 1. *concl.* 10. Sequi enim decet, quod conuenit, ex fide eorum, quæ probabuntur; *l.* 6. §. 1. *D. de offic. præſid.* vnde quicquid ex actis apparet, eius etiam non petiti iudex rationem habere debet, MEVIVS *p. III. deciſ.* 351. *n.* 6. cum ipſi fiat probatio, et ideo publice conſtitutus ſit, vt in veritatem rei controuerſæ inquirat, eamque ſua ſententia determinet, et ita aliquando abſentis partes *per ſuum vigorem adimplere* debet, vt dicitur in *l. f. pr. in f. C. de appell. et conſult.* conf. MEV. *p. VII. deciſ.* 155. Atque ſecundum hæc fundamenta ſpecialiores concluſiones examinare iuuabit, vnde apparebit, iudicem in pleriſque, etiam non imploratum, procedere poſſe, vbi ſemel cauſſa in iudicium deducta eſt. *Quarta.*

§. III. *PRIMA REGVLA* eſt, *iudicem ea ſupplere ex officio poſſe, quæ ad integritatem, auctoritatem iudiciorum et quietem publicam ſpectant.* Ad auctoritatem iudiciorum integram et illæſam ſeruandam in primis pertinet, ne quid malitioſe et per meram calumniam in iudicio proponatur, cum alias auctoritas eius, quæ *ſacro ſancta* hominibus eſſe debet, conſiſtere *Ratione conſeruandæ auctoritatis introducta iuramenta calumniæ.*

non poſſit, quo intuitu apud Gallos iudicia a Druidibus exercebantur, referente IVLIO CAESARE *lib. VI. de bello Gall.* qui conſidebant *in loco conſecrato*, atque eorum decretis tanquam *ſacro ſanctis* litigantes parebant. Vt eo ſanctius iudicium haberetur, IVSTINIANVS voluit *in l. 14. C. de iudic.* ne aliter litium primordium fieret, niſi prius ante ſedem iudicialem ſacro ſanctæ deponerentur ſcripturæ. Itaque ad conſeruandam *ſacro ſanctam* hanc iudiciorum *auctoritatem* leges 1) introduxere *iuramentum calumniæ*, tam *generale*, quam *ſpeciale*. *Generale* a IVSTINIANO præſcriptum, hac intentione, vt tot ſpecialia iuramenta malitiæ ceſſarent *l. 2. C. de iurei. propt. cal. Nou. 49. c. 3. §. 1. auth. hoc ſacramentum. C. eod.* quæ tamen hodie non ceſſant, ipſo iure Canonico conſentiente *c. 2. §. f. de iuram. calum. in 6.* Vnde *ſpeciale iuramentum,* quod *malitiæ* vocant, adhuc hodie toties locum habet, quoties ſuſpicio adeſt malitiæ, veluti ſi ſuſpicio adſit, quod friuole leuterationem interponat. Vtrumque iuramentum iudex *ex officio* exigere poteſt, nemine licet petente, cuius deciſionis hanc rationem reddit imperator in *l. 2. §. 4. C. de iurei. propt. cal. quia non pro commodo priuatorum ſed communi vtilitate præſentem legem poſuimus* Conf. *R. I. de anno 1654. §. 43.* ibi: **oder auch von ſelbſten in welcherley Theil des Gerichts von Amts wegen auferleget**, **das** iuramentum calumniæ **dahin zu erſtatten ſchuldig ſeyn** *c. 2. in f. de iurament. calumn. in 6.* Immo eſt *legale*, et ita ab arbitrio iudicis dependet, quod etiam variis ordinationibus proceſſuum confirmatum eſt, vt oſtendit MARTINI *ad proceſſ. Sax. tit. 33. n. 24.* Proinde a parte remitti nequit *l. 2. cit. §. 4.* ſed parte ſiue inſtante, ſiue inuita, ſiue tacente, a iudice defertur. MEVIVS *P. 7. deciſ. 387.* VVLTEIVS *de iudic. lib. III. c. 2. n. 40. ſeq.* ZAVNSCHLIFFER *de offic. iud.*

Quæ ex officio iniungi et remitti poſſunt.

ind. ſupplet. P. II. concl. 17. §. 5. Hoc poſito facile ſuperari poteſt difficultas, quæ deprehenditur in *l. 34. §. 4. D. de iurei.* vbi dicitur: *Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur*, id quod ſine lectionis mutatione veritati iuris conueniens eſt. Nam aliud eſt, an liberti et liberi id exigere poſſint? quod negatur *l. 16. D. de iurei.* aliud vero, an ita remiſſum ſit parentibus et patronis, vt iudex *ex officio* ab illis iuramentum hoc exigere nequeat: atque hæc ipſa quæſtio deciditur in *cit. l.* neque enim iudici id prohibitum dici poteſt, quod interdictum litiganti ob reſpectum reuerentiæ. Immo inde quoque dependet deciſio quæſtionis: Vtrum iudex vtrumque *ex iuſta cauſſa* remittere poſſit? quod plerique negant; ſed ſine ſufficiente ratione, cum hoc iuramentum ſit *legale*, arbitrio iudicis commiſſum, adeoque ſicuti *ex officio* imponere, ita quoque *ex officio* remittere poteſt, ſi iuſta cauſſa id ſuadeat, prout plenius demonſtrat I. S. STRYK. *tr. de iurament. meletem. V. c. III. per tot.* Sic qui iuramentum alicui defert, prius tenetur iurare *de calumnia*, quo caſu ſi de *facto* vtriuſque *proprio* agitur, alter neceſſario periurium committit, et ita conſultius eſt, potius iuramentum *malitiæ* remittere, quod hoc caſu degenerat in *iuramentum veritatis.* IDEM *cit. l. c. 1. §. 14. et c. 3. §. 20.* Denique nec intereſt, vtrum iudicium ſit *ſummarium*, an *ordinarium*, cum etiam in ſummariis de iudicii auctoritate illibata laborandum, immo et in ſecunda inſtantia quoque *ex officio* denuo exigi poſſit. *R. I. de anno 1654. §. 117. ſq.*

Aduocatos calumniantes ex officio punit.

§. IV. Auctoritas iudiciorum quoque II) violatur per immodeſtas Aduocatorum allegationes, a quibus abſtinere iubentur in *l. 6. §. 1. C. de poſtul.* Proinde aduocatos calumniatores iudex non tantum *ex officio* reiicere, ſed, parte id ne quidem

dem vrgente, punire poteſt, prout obſeruat MEVIVS *p. I. deciſ.* 155. *n. 4.* inquiens: *Aduocati, qui ius per iniurias quærunt ac proſequuntur, non leuem cöercitionem merentur, quam pro ſeruanda iudicantium auctoritate et iudiciorum ſanctimonia iudex ex officio decernit, et irrogat pro arbitrio ſuo.* Et ita *Menſ. April.* 1711. pronunciauit Ill. Facult. Iurid. huius loci: Und wird in übrigen der Klägerin Aduocatus wegen der fol. act. reiter. reuiſ. 9. 10. und 11. wieder die Herren Urthels-Faſſer angeführte unverantwortliche Anzüglichkeit in 10. Rthlr. nicht unbillig genommen. In rationibus decidendi hæc adducta erant: Und weil der Aduocatus cauſſæ ſehr grobe Anzüglichkeiten gegen die Iuriſten-Facultät ausgeſtoſſen, da er unter andern geſetzet, daß ihre *fundamenta* auf einen ſtinckenden und faulen grundloſen Moraſt gelegt, und alſo *ſuperſtructum,* die, *ſi diis placet,* ſo herrliche *rationes decidendi,* mit Hals und Kopff in ſelbigen Cloac verſuncken ſey, anderer unzuläßlichen Redens-Arten zu geſchweigen, und dann ſolche einem Aduocato unanſtändige Anzüglichkeit, zumahl gegen eine gantze Iuriſten-Facultät, billig ex officio zu beſtraffen ſind, BERGER *ad Proceſſ. Saxon. tit. 34. obſeru. 5. not. 3.* ſo iſt auch dieſerwegen geſchehener maſſen erkant worden.

Mendacia ex officio coercet.

§. V. Porro mendaciis III) ſanctitas iudiciorum maximopere violatur, et lites quoque in ambigua diſcrimina deducuntur, quibus proinde leges obuiam iuere per varias pœnas, quæ oppido faciunt ad proceſſus abbreuiandos, docente Dn. STRYKIO *diſſert. de abbreu. proceſſ. per pœnam mendac.* Atque hæc quoque mandacia eo magis a iudice *ex officio*, forent punienda, quo magis auctoritatem iudiciorum illibatam conſeruant. Collineat huc STRYK. *in præf. ad tr. Paciani de probat.* vbi ita: *Re-*

Reducendæ ſunt ad obſeruantiam fori mendaciorum pœnæ, et ſi quis contra præſtitum iusiurandum calumniæ friuolæ quid negauerit, de quo ex progreſſu litis facili negotio conſtare poteſt, ſeueriſſime in ipſum, vtpote periurii reum animaduertendum, adiecta etiam famæ macula. Ita veritas non amplius friuole reticebitur, iudici ſua reſtituetur auctoritas; nec præſentia diuini Numinis, exactiſſimi cordium noſtrorum ſcrutatoris, per mendacia in iudicio inuerecunde eructata deſpicatui habebitur, ius ſuum cuique ſine probationum ambagibus tribuetur. Quod iuramenta calumniæ hodie vtplurimum otioſa ſint, et nullius pretii habeantur, inde in primis eſt, quod periuria *ex officio* haud puniantur, et iudices eorum auctoritatis curam nullam habeant. Similiter impune mendacia committuntur, quæ *ex officio* eſſent refrenanda, quod tamen hodie vel ideo negligitur, quia ne quidem pœnæ mendaciorum, ad quas læſi ſecundum ius Romanum agere poſſunt, in praxi cognitæ ſunt. Interim iudicem *ex officio* ad hoc obligatum eſſe, pluribus argumentis euictum eſt in *diſſ.* STRYK. *de abbreu. proc. per pœn. mendac.* §. 44. *ſeqq.*

§. VI. Proſpiciunt præterea IV) leges aliis variis modis dignitati et auctoritati iudicis, ne contemni ſe patiatur *l. 19. pr. D. de offic. præſ.* ſed vt *auctoritatem dignitatis ingenio ſuo augeat, l. 19. cit. in f. l. 1. pr. D. de poſtul.* Hinc conceſſum erat magiſtratibus, iuriſdictionem ſuam defendere *pœnali iudicio. l. 1. pr. ſi quis ius dic. non obtemper.* Quamuis vero olim hæc pœnalis actio a priuato eſſet inſtituenda ad id, non quanti actoris intereſſet, ſed quanti ea res eſſet h. e. ad contemtum ipſum vindicandum, *l. 1. §. 4. cit.* hodie tamen magiſtratus ipſe *ex officio* vtplurimum contemtum vindicat, et actio iuris Romani incognita eſt. Conf. *ordinat. cameral. de anno 1507. tit. 35.* §. 1. Quæritur

Contemtum et contumaciam reprimit.

ritur proinde, vtrum iudex *contumaciam rei* ex officio, i. e. actore eam haud accuſante, punire poſſit, cum re vera inſignis *contemtus iudicis* in contumacia litigantium deprehendatur? Equidem communiter ex *l. 13. §. 2. C. de iudic.* inferre ſolent, non aliter contumaciam rei puniri, niſi actore accuſante, **die Ungehorſams-Beſchuldigung muß zuvor eingebracht werden.** RIVINVS *in enunc. ad proceſſ. Saxon. tit. 10. enunc. 70.* PHILIPPI *in vſ. pract. inſtit. lib. III. eclog. 36. n. 10.* GAILIVS *I. obſ. 55. n. 6.* Nihilominus tamen iudicem iuriſdictionis ſuæ tuendæ gratia, etiam parte non petente contumaciam punire poſſe docet ZIEGLER *ad Lancellot. inſtit. iur. Canon. lib. III. tit. 6. §. 1.* quod rationi iuris conueniens eſſe ex antea dictis colligi poteſt, quamuis, quod negare non poſſum, in pronunciando hodie contumaciæ haud accuſatæ non haberi ſoleat ratio. De contemtu *mandatorum* agit PETRVS FRIDERVS *de mandat. lib. II. c. 17.*

Integritas iudiciorum conſeruatur dum ſupplet exceptionem legitimationis ad cauſſam.

§. VII. Non tantum *dignitatis*, ſed etiam *integritatis* iudiciorum iudex rationem habere debet, quorſum in primis pertinet, vt curet *ex officio*, ne nullitas committatur, nec iudicium fiat eluſorium. Hoc intuitu ſupplere debet *exceptionem legitimationis ad cauſſam*, cum nulla maior nullitas in proceſſibus occurrat, quam ſi iudicium ſit ſuſceptum cum illegitimatis ALTIMARVS *de nullit. ſent. rubr.* II. *qu. 232. n. 1. ſeqq.* adeo vt, quamuis ſtatutum omnes exceptiones contra inſtrumentum reiiciat, nihilominus tamen hæc admitti debeat, veluti ſi quis ex iure ceſſo agat. IDEM *cit. l. n. 2.* LVDOVICI *diſſert. de legitimat. ad cauſ. §. 16.* Inde iudex non ſolum *poteſt*, ſed et *debet illam ex officio* ſupplere. ALTIMARVS *cit. l. n. 10. ſeqq.* MEVIVS *p. V. deciſ. 13.* ſi modo ex actis appareat, illam legitimationem deficere, veluti ſi de inſtrumento ceſſionis haud conſtat

LV-

LVDOVICI *cit. l.* §. 10. Illuſtrari hæc obſeruatio poteſt reſponſo, quod Facult. ill. iurid. huius loci nomine concepi in caſu, quo ſententia lata erat contra eum, qui ex iure ceſſo agebat, nec tamen inſtrumentum ceſſionis producere poterat. Referam huc tantum ex rationibus decidendi, quæ hanc obſeruationem tangunt: So fehlet es auch wegen des andern Poſtes an einer Legitimation, als welche man klagender Seite, theils ex ceſſione, theils als eine Lehnſchuld fordern will, da doch noch biß dato das original von der ceſſion nicht zum Vorſchein gebracht worden, ſo doch allerdings von nöthen geweſen, weil ſonſten ſich ein offenbahrer defectus in agente hervorthut, quo nullus maior reputari poteſt ALTIMARVS *de nullit. ſentent. qu.* 232. *n.* 1. welches man doch ſo gar in pronunciando nicht attendiret, daß man im Gegentheil dawieder das Original geforderter maſſen produciret, und recognoſciret, auf die Bezahlung dieſer Schuld geklaget, und die ſo wichtige exceptionem legitimationis gantz hindan geſetzet, woraus denn abermahl eine manifeſta nullitas, und zwar inſanabilis erfolget, legitimatio enim perſonæ eſt neceſſaria in quolibet iudicio, ne aliter totum iudicium reddatur eluſorium et nullum, cum defectus inhabilitatis perſonæ in iudicio comparentis reddat proceſſum retro factum nullum VANTIVS *de nullit. tit. quis dic. poſſit de nullit. n.* 44. OLEA *de ceſſ. iur. tit.* 6. *qu.* 9. *n.* 1. BERLICH. *P.* 1. *concl.* 14. *n.* 2. perſonæ enim interueniunt, pro ſubſtantia iudicii, et ita legitimari debent CRAVETTA *conſil.* 104. *n.* 1. BERLICH. *cit. l. n.* 3. und mag klagenden Theil wenig helfen, daß man in conſiſtoriis principum keine apices iuris admittire, und in der Sache ex bono et æquo, und ſummariſcher Weiſe, ſola veritate facti inſpecta, verfahren ſey, weil dieſes ein ſubſtantial-Stück, ja

ſo

ſo nöthig iſt, daß es in keinem Proceſſ ohne nullität wegbleiben kan, nam et in ſummariis legitimatio requiritur SCACCIAS *de iudic. lib.* I. *c.* 62. *qu.* II. *n.* 24. LANCELLOT. *de attentat. p.* 3. *c.* 28. *n.* 39. BLAS. ALTIMAR. *cit. l. n.* 42, et vbi proceditur ex bono et æquo ſola veritate facti inſpecta ALTIMARVS *cit. l. n.* 43. et ſi cauſſa agitur coram principe IDEM *cit. l.* et ſi iudicium vel maxime ſit extraordinarium et improprium SCHRADER *de feud. p.* 10. *in præamb. n.* 34. ALTIMAR. *cit. l. n.* 44. BERLICH. *cit. l. n.* 6. dahero allerdings wäre nöthig geweſen, daß man in beyden Puncten vorerſt auf die legitimation und recognition der original documentorum erkennen müſſen, neque enim iudex ad condemnandum deuenire poteſt, antequam ceſſionis inſtrumentum cum inſtrumento crediti exhibeatur. OLEA *de ceſſ. iur. cit. l. n.* 12. *ſeqq.* BOERIVS *deciſ.* 10. PARLADOR. *lib.* 2. *rer. quotid. c. fin.* 4. §. 1. *n.* 1. welches man auch in dem anno 1656. ausgeſprochenem Urthel ſelbſt agnoſciret, indem man daſelbſt die Beklagten ſub conditione ſubſecuturæ ab actoribus recognitionis des documenti ſub lit. E. abſoluiret, mithin auch gleiches von Beklagten hätte gefordert, und Klägeren die beſſere legitimation auferleget werden müßen, cum litigantium iura debeant eſſe æqualia, beſonders da die Klägere ſich darzu anfänglich ſo fort offeriret, daß ſie in termino inrotulationis das originale ceſſionis ad recognoſcendum produciren wolten, ſo doch damals weder geſchehen, noch nachgehends biß dieſe Stunde nicht erfolget. Ja auch da nach der heutigen praxi in ceſſionum materia man wenig diſtinguiret, vtrum quis agat directa, an vtili actione, ſo wäre nöthig geweſen, daß ſo fort und zwar ante litem conteſtatam die legitimation zu ihrer Richtigkeit gebracht worden wäre, wie die bewehrteſten Rechts-Lehrer ſtatuiren AMAT. *reſol.* 78. *n.* 4. ARIAS

de

de MESA *lib. 1. Var. reſol. c. 24. n. 5.* SCHRADER. *de feud. p. 10. Sect. 18. n. 166.* BOERIVS *deciſ. 10. n. 3. in fin.* adeo vt ſi talis probatio legitimationis ſtatim ab initio non ſit adimpleta, actor ſtatim repellendus ſit, SCHRADER *cit. loc. n.* 160. mithin da weder ab initio litis die Klägere ſich gebührender maſſen legitimiret, noch auch ante ſententiam das original ad acta gebracht und recognoſciret worden, hat ohne offenbahre nullität nicht ſo fort erkant werden mögen, indem ſich wenigſtens würde gebühret haben, daß man auch in dieſem Punct ſub conditione geſprochen hätte, ſo ferne Kläger das *originale ceſſionis* produciren, und Beklagte ſoches *recognoſciren* würden, welches alles unterlaſſen, und in beyden Puncten eine nullitas inſanabilis committiret worden, anerwogen die exceptio legitimationis nicht etwan einen bloſſen defectum ſolemnium, ſondern vielmehr partis eſſentialis ſupponirt, ſo gar, vt etiam opponi poſſit ſi vel maxime ſtatutum omnes exceptiones reiiciat. BLASIVS ALTIMAR. *cit. tr. qu. 32. n. 2.* Immo tantæ potentiæ et virtutis eſt, vt etiam poſſit in quacunque parte iudicii opponi, ſiue ante litis conteſtationem, ſiue poſt, etiam poſt tres ſententias conformes, quæ alias iudicato æquiparantur; CARLEVAL. *de iudic. lib. 1. tit. 2. diſp. 5. n. 8. in f.* POST. *de Manut. obſ. 87. n. 4.* ALTIMAR. *cit. l. n. 9.* et ſi vel maxime non opponatur, iudex tamen teneatur eam ſupplere ex officio, et agentem repellere ALTIMAR. *cit. l. n. 11.* dahero dann die ao. 1656. geſprochene Urthel in rem iudicatam nicht ergehen können etc. Idem quoque dicendum de *exceptione legitimationis*, quæ procuratoribus aliisque, qui *legitimatione* per *mandatum, curatorium, tutorium* etc. indigent, obiici et a iudice ſuppleri debet, vti iam §. *VIII. in f.* notaui. Quodſi coniuncta vel talis perſona ſit, pro qua præſumtio eſt,

et aliae exceptiones nullitatem præcauentes.

quod mandatum habeat, ad minimum *cautionem rati* præſtare debet, quam iudicem *ex officio* iniungere poſſe docet RIVINVS *in ſpecim. except. for. c. 7. n. 15.* SCHWEDENDORF. *ad Vibig. P. 1. c. 2. m. 3. §. 6. n. 152.* Hoc ipſum tamen in dubium vocat MEVIVS *p. IV. deciſ.* 361. *n. 7.* vbi ait, quod iudex hanc non decernat, niſi imploratus per *l. 40. §. 3. D. de procur.* Equidem *cautio rati* ad ſubſtantiam iudicii non abſolute pertinet, adeoque ante litis conteſtationem exigitur, adeo vt, lite ſemel conteſtata, non compellatur amplius ad cautionem, quod indicium præbet, eam omiſſam proceſſum non vitiare. Interim quia ad *ſecuritatem iudicii* multum facit, *poteſt* quidem illam iudex ſupplere, ſed neceſſario non *debet.* Vlterius quid circa pupilli vel minoris tutore vel curatore deſtituti perſonam ſupplere debeat, *c. II.* iam dictum eſt. Et denique iudex omnia illa *ex officio* ſupplere debet, quæ ad *ſubſtantialia* proceſſus ſpectant, et ſine *nullitate inſanabili* omitti non poſſunt, vtut vel maxime alter litigantium defectum haud allegauerit. Quodſi itaque litis conteſtatio non ſit facta, quæ in nullo poteſt omitti proceſſu, ſed cuius defectus totum proceſſum vitiat, illam *ex officio* iniungere debet FABER. *in C. lib. VII. tit. 19. def.* 18. ZIEGLER. *ad proc. Saxon. tit. 16. voc. ſuppliren.* Huc collineat *Ordinat. proc. Saxon. tit. 16. in f.* und ſoll das richterl. Amt zu Vorkommung allerhand beſorglichen Weitläuftigkeiten, die hernach in diſputatione meritorum über der litis conteſtation erfolgen kan, da etwa hierinn ein Mangel verſpühret, ſuppliren, obgleich derſelbe defect von Klägern nicht attendiret oder dawider excipiret würde. Similiter ſi aliter nullitas *inſanabilis* commiſſa, eaque *notoria* et *manifeſta* eſſet, vt ex actis de ea conſtaret, iudex *ex officio* illam attendere, et exſecutionem ſuſpendere, nec ſententiam, quæ in rem iudicatam tranſire non potuit, confirmare

mare poteſt, cum omnes actus ſubſequentes fruſtranei forent. BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. p. 1. rubr. VIII. qu. 155. n. 8. 9. et qu. 131. n. 1. ſeqq.*

§. VIII. Denique iudici quoque incumbit *quietis publicæ* cura, a qua ſalus reipubl. quæ ſuprema lex eſt, dependet, et ita *ex officio* impedire debet, ne partes ad arma veniant. *Cur enim ad arma et rixam procedere patiatur, quos poteſt ſua iuriſdictione componere? l. 13. §. 3. D. de vſufruct.* In primis vero metus armorum eſt, quando de poſſeſſione vel quaſi retinenda agitur, ad quem auertendum iudex ſequeſtrare *ex officio* poteſt rem, de qua eſt controuerſia, quod regulariter alias prohibitum eſt, *l. un. C. de ſequeſtr. probib.* MEV. *p. 7. deciſ. 147.* GAIL. *1. obſ. V. n. 2. ſeqq.* MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 4. §. 1. n. 74.* et ita ſequeſtrem *ex officio* ad colligendos fructus et adminiſtrandam rem conſtituit. MEV. *P. 11. deciſ. 239. n. 7.* LYNKER. *de grauam. extraiud. c. III. p. 2. ſect. 1. m. 1. §. 41. n. 17. p. 172.* Ex eodem fundamento iudex cautionem de non offendendo *ex officio* iniungit, vti recte obſeruat contra communem ſententiam ZAVNSCHLIFFER. *de offic. iudic. ſupplet. P. II. concl. 2. §. 2. in f.* Quietis publicæ ratio æque facit, vt iudex litigantes inuitos quoque poſſit ad tranſactionem compellere. MEVIVS *P. I. deciſ. 214.* ne forſan ex priuata rixa multorum ſtrages ſequatur. GAIL. *de pac. publ. lib. 2. c. 18. n. 11.* KNIPSCHILD. *de fideicom. famil. c. XI. n. 102.* MEVIVS *p. III. deciſ. 217. n. 6.*

Ob quietem publicam ſequeſtrum ex officio decernitur.

§. IX. Progredior ad REGVLAM SECVNDAM, quæ iubet iudicem illa *ex officio* facere debere, quæ ad abbreuiandum proceſſum faciunt. Hunc in finem (α) ante omnia iudex ex officio tenetur tentare amicabilem compoſitionem, *C. vlt. X. de tranſact.* alioquin grauiter peccat, quod plenius illuſtrat ZIEGLER.

Pro abbreuiando proceſſu iudex tentare debet tranſactionem.

-ER. *in dicaſtice concl.* 22. vbi ſimul plene docet, quomodo iudex in amicabili compoſitione promouenda verſari debeat, vt euentum ſortiatur exſpectatum. Atque hoc ipſum, in plerisque fere *ordinat. proceſſ.* iudicibus iniungi docet MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit.* 1. §. 2. *n.* 7. *ſeqq.* adeo vt ſi iudex huic officio ſuo deſit, reo integrum ſit, opponere exceptionem *nondum tentatæ amicabilis compoſitionis*, RIVINVS *in ſpecim. except. dilat.* Neque hoc officium tantum iudici incumbit in *limine iudicii*, ſed concordiam etiam *in proceſſu*, immo ſecunda inſtantia tentare debet, per *R. I. de Anno* 1654. §. 110. *ibi: in quacunque parte iudicii* MARTINI *cit. l. n.* 84. *ſeqq.* Præterea (β) cum exceptiones dilatoriæ proceſſum valde differant, et tamen de iure communi reus, vt omnes ſimul proponat, haud ſit obſtrictus, iudex *ex officio* ei præfigere poteſt certum terminum, intra quem ſub pœna præcluſi omnes dilatorias exceptiones proponat. *c.* 4. *X. de except.* VMMIVS *in proc. diſp. VIII. n.* 60. quæ obſeruatio hodie vſum non adeo habet, poſtquam in *R. I. de anno* 1654. conſtitutum eſt, vt dilatoriæ omnes in primo termino opponantur, et peremtoriæ *ſub pœna* præcluſi litis conteſtationi annectantur, quamuis non vbique ſecundum hunc Receſſum in iudiciis procedatur. (γ) Hunc in finem etiam commiſſarii *ex officio* conſtitui poſſunt, non tantum *ab initio*, ſed etiam in *progreſſu litis*, ſi litis ratio id poſtulat; vid. STRYK. *de clauſ. commiſſ. n.* 47. *ſeqq.* RVLAND *de commiſſ. p.* 1. *lib.* 2. *c.* 28. veluti ſi ob multitudinem cauſſarum vel teſtium iudex examen ſuſcipere non poſſit, CARPZOV. *in proc. tit.* 13. *art.* 4. *n.* 36. *ſeq.* ſi de rationibus ambiguis excutiendis et examinandis agitur, cum non poſſint non ingentes difficultates ingruere, ſi litigantes ſuper *defectibus* ad diſputandum admittuntur; MEVIVS *p. II. deciſ.* 123. quem

Proceſſibus dilatoriis modum ponere.

3) Commiſſarios conſtituere.

quem in finem *ex officio* peritos rerum calculatores conſtituit, HEESER *de ration. redd. loc. III. n.* 30. *et* 36. maxime ſi litigantes circa electionem calculatorum diſſentiant. CHRISTINAEVS *vol. II. deciſ.* 98. *n.* 4. HEESER *c.* 1. *n.* 48. Huc porro pertinet, ſi periculum quoddam in mora ſit, MEV. *P. VIII. deciſ.* 128. *n.* 5. vbi ſimul docet quomodo commiſſiones decernendæ. Item ſi rerum inſpectionem ocularem deſiderat. SCHWENDENDORFF. *ad proc. Fibig. p. I. c.* 2. *m.* 3. §. 1. *reg* 5. *n.* 32. (d) Pluribus litis conſortibus iniungere ex officio poteſt, vt communem conſtituant procuratorem, *ne per plures lis diſperſa tardior, difficilior atque intricatior eueniat*, vt ait MEVIVS *p. IV. deciſ.* 63. (e) Cauſſam quoque pro concluſa, neutro litigantium petente, *ex officio* iudex declarat, ſi videat, cauſſam ſatis inſtructam eſſe, vt ad ſententiam ferendam procedere poſſit. Solent enim extra Saxoniam Aduocati inutilibus allegationibus in infinitum et tamdiu procedere, donec iis ſilentium imponatur *auth. iubemus. C. de iudic.* GAIL. 1. *obſ.* 107. *n.* 2. BRVNNEMANN. *in proc. ciuil. c.* 26. *n.* 4. Et vtinam iudices maturius hic officium ſuum interponerent! quo facto ſane tot inutiles altercationes præcauere poſſent. Hic etiam poſſunt referri, quæ *cap. anteced. de reiiciendis friuolis allegationibus* dicta ſunt.

4) Cauſſam pro concluſa habere.

§. X. TERTIA REGVLA iubet illa ex officio ſupplere, quæ iura partium quidem concernunt, ſed iuri communi conueniunt, prout diſertis verbis in *l. un. C. vt quæ deſ. aduoc.* dicitur h. e. partibus a iure communi ſunt indulta et tributa, vel etiam iudici præſcripta et ad veritatis indagationem faciunt. Hic quidem ingens campus ſeſe mihi aperit, plures coaceruare concluſiones, eisque regulam illuſtrare, quas ex *inſtituti ratione* tantum referre, non explicare mihi integrum eſt. Pro declaratione

Illa ex iure communi iu-

dem vrgente, punire poteſt, prout obſeruat MEVIVS *p. 1. deciſ.* 155. *n. 4.* inquiens: *Aduocati, qui ius per iniurias quærunt ac proſequuntur, non leuem coërcitionem merentur, quam pro ſeruanda iudicantium auctoritate et iudiciorum ſanctimonia iudex ex officio decernit, et irrogat pro arbitrio ſuo.* Et ita *Menſ. April.* 1712. pronunciauit Ill. Facult. Iurid. huius loci: Und wird in übrigen der Klägerin Aduocatus wegen der fol. act. reiter. reuiſ. 9. 10. und 11. wieder die Herren Urthels-Faſſer angeführte unverantwortliche Anzüglichkeit in 10. Rthlr. nicht unbillig genommen. In rationibus decidendi hæc adducta erant: Und weil der Aduocatus cauſſæ ſehr grobe Anzüglichkeiten gegen die Iuriſten-Facultät ausgeſtoſſen, da er unter andern geſetzet, daß ihre *fundamenta* auf einen ſtinckenden und faulen grundloſen Moraſt geleget, und alſo *ſuperſtructum*, die, *ſi diis placet*, ſo herrliche *rationes decidendi*, mit Hals und Kopff in ſelbigen Cloac verſuncken ſey, anderer unzuläßlichen Redens-Arten zu geſchweigen, und dann ſolche einem Aduocato unanſtändige Anzüglichkeit, zumahl gegen eine gantze Iuriſten-Facultät, billig ex officio zu beſtraffen ſind, BERGER *ad Proceſſ. Saxon. tit. 34. obſeru. 5. not. 3.* ſo iſt auch dieſerwegen geſchehener maſſen erkant worden.

Mendacia ex officio coercet.

§. V. Porro mendaciis III) ſanctitas iudiciorum maximopere violatur, et lites quoque in ambigua diſcrimina deducuntur, quibus proinde leges obuiam iuere per varias pœnas, quæ oppido faciunt ad proceſſus abbreuiandos, docente Dn. STRYKIO *diſſert. de abbreu. proceſſ. per pœnam mendac.* Atque hæc quoque mandacia eo magis a iudice *ex officio*, forent punienda, quo magis auctoritatem iudiciorum illibatam conſeruant. Collineat huc STRYK. *in præf. ad tr. Paciani de probat.* vbi ita: *Re-*

Reducendæ ſunt ad obſeruantiam fori mendaciorum pœnæ, et ſi quis contra præſtitum iusiurandum calumniæ friuolæ quid negauerit, de quo ex progreſſu litis facili negotio conſtare poteſt, ſeueriſſime in ipſum, vtpote periurii reum animaduertendum, adiecta etiam famæ macula. Ita veritas non amplius friuole reticebitur, iudici ſua reſtituetur auctoritas; nec præſentia diuini Numinis, exactiſſimi cordium noſtrorum ſcrutatoris, per mendacia in iudicio inuerecunde eructata deſpicatui habebitur, ius ſuum cuique ſine probationum ambagibus tribuetur. Quod iuramenta calumniæ hodie vtplurimum otioſa ſint, et nullius pretii habeantur, inde in primis eſt, quod periuria *ex officio* haud puniantur, et iudices eorum auctoritatis curam nullam habeant. Similiter impune mendacia committuntur, quæ *ex officio* eſſent refrenanda, quod tamen hodie vel ideo negligitur, quia ne quidem pœnæ mendaciorum, ad quas læſi ſecundum ius Romanum agere poſſunt, in praxi cognitæ ſunt. Interim iudicem *ex officio* ad hoc obligatum eſſe, pluribus argumentis euictum eſt in *diſſ.* STRYK. *de abbreu. proc. per pœn. mendac.* §. 44. *ſeqq.*

Contemtum et contumaciam reprimit.

§. VI. Proſpiciunt præterea IV) leges aliis variis modis dignitati et auctoritati iudicis, ne contemni ſe patiatur *l. 19. pr. D. de offic. præſ.* ſed vt *auctoritatem dignitatis ingenio ſuo augeat, l. 19. cit. in f. l. 1. pr. D. de poſtul.* Hinc conceſſum erat magiſtratibus, iuriſdictionem ſuam defendere *pœnali iudicio. l. 1. pr. ſi quis ius dic. non obtemper.* Quamuis vero olim hæc pœnalis actio a priuato eſſet inſtituenda ad id, non, quanti actoris intereſſet, ſed quanti ea res eſſet h. e. ad contemtum ipſum vindicandum, *l. 1. §. 4. cit.* hodie tamen magiſtratus ipſe *ex officio* vtplurimum contemtum vindicat, et actio iuris Romani incognita eſt. Conf. *ordinat. cameral. de anno 1507. tit. 35.* §. 1. Quæritur

ritur proinde, vtrum iudex *contumaciam rei* ex officio, i. e. actore eam haud accuſante, punire poſſit, cum re vera inſignis *contemtus iudicis* in contumacia litigantium deprehendatur? Equidem communiter ex *l.* 13. §. *2. C. de iudic.* inferre ſolent, non aliter contumaciam rei puniri, niſi actore accuſante, **die Ungehorſams-Beſchuldigung muſs zuvor eingebracht werden.** RIVINVS *in enunc. ad proceſſ. Saxon. tit.* 10. *enunc.* 70. PHILIPPI *in vſ. pract. inſtit. lib. III. eclog.* 36. *n.* 10. GAILIVS *I. obſ.* 55. *n.* 6. Nihilominus tamen iudicem iuriſdictionis ſuæ tuendæ gratia, etiam parte non petente contumaciam punire poſſe docet ZIEGLER *ad Lancellot. inſtit. iur. Canon. lib. III. tit.* 6. §. 1. quod rationi iuris conueniens eſſe ex antea dictis colligi poteſt, quamuis, quod negare non poſſum, in pronunciando hodie contumaciæ haud accuſatæ non haberi ſoleat ratio. De contemtu *mandatorum* agit PETRVS FRIDERVS *de mandat. lib. II. c.* 17.

Integritas iudiciorum conſeruatur dum ſupplet exceptionem legitimationis ad cauſſam.

§. VII. Non tantum *dignitatis*, ſed etiam *integritatis* iudiciorum iudex rationem habere debet, quorſum in primis pertinet, vt curet *ex officio*, ne nullitas committatur, nec iudicium fiat eluſorium. Hoc intuitu ſupplere debet *exceptionem legitimationis ad cauſſam*, cum nulla maior nullitas in proceſſibus occurrat, quam ſi iudicium ſit ſuſceptum cum illegitimatis ALTIMARVS *de nullit. ſent. rubr.* 11. *qu.* 232. *n.* 1. *ſeqq.* adeo vt, quamuis ſtatutum omnes exceptiones contra inſtrumentum reiiciat, nihilominus tamen hæc admitti debeat, veluti ſi quis ex iure ceſſo agat. IDEM *cit. l. n.* 2. LVDOVICI *diſſert. de legitimat. ad cauſ.* §. 16. Inde iudex non ſolum *poteſt*, ſed et *debet illam ex officio* ſupplere. ALTIMARVS *cit. l. n.* 10. *ſeqq.* MEVIVS *p. V. deciſ.* 13. ſi modo ex actis appareat, illam legitimationem deficere, veluti ſi de inſtrumento ceſſionis haud conſtat

LV-

LVDOVICI *cit. l.* §. 10. Illuſtrari hæc obſeruatio poteſt reſponſo, quod Facult. ill. iurid. huius loci nomine concepi in caſu, quo ſententia lata erat contra eum, qui ex iure ceſſo agebat, nec tamen inſtrumentum ceſſionis producere poterat. Referam huc tantum ex rationibus decidendi, quæ hanc obſeruationem tangunt: So fehlet es auch wegen des andern Poſtes an einer Legitimation, als welche man klagender Seite, theils ex ceſſione, theils als eine Lehnſchuld fordern will, da doch noch biß dato das original von der ceſſion nicht zum Vorſchein gebracht worden, ſo doch allerdings von nöthen geweſen, weil ſonſten ſich ein offenbahrer defectus in agente hervorthut, quo nullus maior reputari poteſt ALTIMARVS *de nullit. ſentent. qu.* 232. *n.* 1. welches man doch ſo gar in pronunciando nicht attendiret, daß man im Gegentheil dawieder das Original geforderter maſſen produciret, und recognoſciret, auf die Bezahlung dieſer Schuld geklaget, und die ſo wichtige exceptionem legitimationis gantz hindan geſetzet, woraus denn abermahl eine manifeſta nullitas, und zwar inſanabilis erfolget, legitimatio enim perſonæ eſt neceſſaria in quolibet iudicio, ne aliter totum iudicium reddatur eluſorium et nullum, cum defectus inhabilitatis perſonæ in iudicio comparentis reddat proceſſum retro factum nullum VANTIVS *de nullit. tit. quis dic. poſſit de nullit. n.* 44. OLEA *de ceſſ. iur. tit.* 6. *qu.* 9. *n.* 1. BERLICH. *P.* 1. *concl.* 14. *n.* 2. perſonæ enim interueniunt, pro ſubſtantia iudicii, et ita legitimari debent CRAVETTA *conſil.* 104. *n.* 1. BERLICH. *cit. l. n.* 3. und mag klagenden Theil wenig helfen, daß man in conſiſtoriis principum keine apices iuris admittire, und in der Sache ex bono et æquo, und ſummariſcher Weiſe, ſola veritate facti inſpecta, verfahren ſey, weil dieſes ein ſubſtantial-Stück, ja

ſo

ſo nöthig iſt, daß es in keinem Proceſſ ohne nullität wegbleiben kan, nam et in ſummariis legitimatio requiritur SCACCIAS *de iudic. lib.* I. *c.* 62. *qu.* 11. *n.* 24. LANCELLOT. *de attentat. p.* 3. *c.* 28. *n.* 39. BLAS. ALTIMAR. *cit. l. n.* 42, et vbi proceditur ex bono et æquo ſola veritate facti inſpecta ALTIMARVS *cit. l. n.* 43. et ſi cauſſa agitur coram principe IDEM *cit. l.* et ſi iudicium vel maxime ſit extraordinarium et improprium SCHRADER *de feud. p.* 10. *in præamb. n.* 34. ALTIMAR. *cit. l. n.* 44. BERLICH. *cit. l. n.* 6. dahero allerdings wäre nöthig geweſen, daß man in beyden Puncten vorerſt auf die legitimation und recognition der original documentorum erkennen müſſen, neque enim iudex ad condemnandum deuenire poteſt, antequam ceſſionis inſtrumentum cum inſtrumento crediti exhibeatur. OLEA *de ceſſ. iur. cit. l. n.* 13. *ſeqq.* BOERIVS *deciſ.* 10. PARLADOR. *lib.* 2. *rer. quotid. c. fin.* 4. §. 1. *n.* 1. welches man auch in dem anno 1656. ausgeſprochenem Urthel ſelbſt agnoſciret, indem man daſelbſt die Beklagten ſub conditione ſubſecuturæ ab actoribus recognitionis des documenti ſub lit. E. abſoluiret, mithin auch gleiches von Beklagten hätte gefordert, und Klägeren die beſſere legitimation auferleget werden müßen, cum litigantium iura debeant eſſe æqualia, beſonders da die Klägere ſich darzu anfänglich ſo fort offeriret, daß ſie in termino inrotulationis das originale ceſſionis ad recognoſcendum produciren wolten, ſo doch damals weder geſchehen, noch nachgehends biß dieſe Stunde nicht erfolget. Ja auch da nach der heutigen praxi in ceſſionum materia man wenig diſtinguiret, vtrum quis agat directa, an vtili actione, ſo wäre nöthig geweſen, daß ſo fort und zwar ante litem conteſtatam die legitimation zu ihrer Richtigkeit gebracht worden wäre, wie die bewehrteſten Rechts-Lehrer ſtatuiren AMAT. *reſol.* 78. *n.* 4. ARIAS de

de MESA *lib.* I. *Var. reſol. c.* 24. *n.* 5. SCHRADER. *de feud. p.* 10. *Sect.* 18. *n.* 166. BOERIVS *deciſ.* 10. *n.* 3. *in fin.* adeo vt ſi talis probatio legitimationis ſtatim ab initio non ſit adimpleta, actor ſtatim repellendus ſit, SCHRADER *cit. loc. n.* 160. mithin da weder ab initio litis die Klägere ſich gebührender maſſen legitimiret, noch auch ante ſententiam das original ad acta gebracht und recognoſciret worden, hat ohne offenbahre nullität nicht ſo fort erkant werden mögen, indem ſich wenigſtens würde gebühret haben, daß man auch in dieſem Punct ſub conditione geſprochen hätte, ſo ferne Kläger das *originale ceſſionis produciren*, und Beklagte ſoches *recognoſciren* würden, welches alles unterlaſſen, und in beyden Puncten eine nullitas inſanabilis committiret worden, anerwogen die exceptio legitimationis nicht etwan einen bloſſen defectum ſolemnium, ſondern vielmehr partis eſſentialis ſupponirt, ſo gar, vt etiam opponi poſſit ſi vel maxime ſtatutum omnes exceptiones reiiciat. BLASIVS ALTIMAR. *cit. tr. qu.* 31. *n.* 0. Immo tantæ potentiæ et virtutis eſt, vt etiam poſſit in quacunque parte iudicii opponi, ſiue ante litis conteſtationem, ſiue poſt, etiam poſt tres ſententias conformes, quæ alias iudicato æquiparantur; CARLEVAL. *de iudic. lib.* 1. *tit.* 2. *diſp.* 5. *n.* 8. *in f.* POST. *de Manut. obſ.* 87. *n.* 4. ALTIMAR. *cit. l. n.* 9. et ſi vel maxime non opponatur, iudex tamen teneatur eam ſupplere ex officio, et agentem repellere ALTIMAR. *cit. l. n.* 11. dahero dann die ao. 1656. geſprochene Urthel in rem iudicatam nicht ergehen können etc. Idem quoque dicendum de *exceptione legitimationis*, quæ procuratoribus aliisque, qui *legitimatione* per *mandatum*, *curatorium*, *tutorium* etc. indigent, obiici et a iudice ſuppleri debet, vti iam §. *VIII. in f.* notaui. Quodſi coniuncta vel talis perſona ſit, pro qua præſumtio eſt,

et aliae exceptiones nullitatem praecauentes.

Digitized by Google

quod mandatum habeat, ad minimum *cautionem rati* præſtare debet, quam iudicem *ex officio* iniungere poſſe docet RIVINVS *in ſpecim. except. for. c. 7. n. 15.* SCHWEDENDORF. *ad Fibig. P. 1. c. 2. m. 3. §. 6. n. 152.* Hoc ipſum tamen in dubium vocat MEVIVS *p. IV. deciſ.* 361. *n. 7.* vbi ait, quod iudex hanc non decernat, niſi imploratus per *l. 40. §. 3. D. de procur.* Equidem *cautio rati* ad ſubſtantiam iudicii non abſolute pertinet, adeoque ante litis conteſtationem exigitur, adeo vt, lite ſemel conteſtata, non compellatur amplius ad cautionem, quod indicium præbet, eam omiſſam proceſſum non vitiare. Interim quia ad *ſecuritatem iudicii* multum facit, *poteſt* quidem illam iudex ſupplere, ſed neceſſario non *debet.* Vlterius quid circa pupilli vel minoris tutore vel curatore deſtituti perſonam ſupplere debeat, *c. II.* iam dictum eſt. Et denique iudex omnia illa *ex officio* ſupplere debet, quæ ad *ſubſtantialia* proceſſus ſpectant, et ſine *nullitate inſanabili* omitti non poſſunt, vtut vel maxime alter litigantium defectum haud allegauerit. Quodſi itaque litis conteſtatio non ſit facta, quæ in nullo poteſt omitti proceſſu, ſed cuius defectus totum proceſſum vitiat, illam *ex officio* iniungere debet FABER. *in C. lib. VII. tit. 19. def. 18.* ZIEGLER. *ad proc. Saxon. tit. 16. voc. ſuppliren.* Huc collineat *Ordinat. proc. Saxon. tit. 16. in f.* und ſoll das richterl. Amt zu Vorkommung allerhand beſorglichen Weitläuftigkeiten, die hernach in diſputatione meritorum über der litis conteſtation erfolgen kan, da etwa hierinn ein Mangel verſpühret, ſuppliren, obgleich derſelbe defect von Klägern nicht attendiret oder dawider excipiret würde. Similiter ſi aliter nullitas *inſanabilis* commiſſa, eaque *notoria* et *manifeſta* eſſet, vt ex actis de ea conſtaret, iudex *ex officio* illam attendere, et exſecutionem ſuſpendere, nec ſententiam, quæ in rem iudicatam tranſire non potuit, confirmare

mare poteſt, cum omnes actus ſubſequentes fruſtranei forent. BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. p. 1. rubr. VIII. qu. 155. n. 8. 9. et qu. 131. n. 1. ſeqq.*

§. VIII. Denique iudici quoque incumbit *quietis publicæ* cura, a qua ſalus reipubl. quæ ſuprema lex eſt, dependet, et ita *ex officio* impedire debet, ne partes ad arma veniant. *Cur enim ad arma et rixam procedere patiatur, quos poteſt ſua iuriſdictione componere? l. 13. §. 3. D. de vſufruct.* In primis vero metus armorum eſt, quando de poſſeſſione vel quaſi retinenda agitur, ad quem auertendum iudex ſequeſtrare *ex officio* poteſt rem, de qua eſt controuerſia, quod regulariter alias prohibitum eſt, *l. un. C. de ſequeſtr. probib.* MEV. *p. 7. deciſ. 147.* GAIL. *1. obſ. V. n. 2. ſeqq.* MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 4. §. 1. n. 74.* et ita ſequeſtrem *ex officio* ad colligendos fructus et adminiſtrandam rem conſtituit. MEV. *P. 11. deciſ. 239. n. 7.* LYNKER. *de grauam. extraiud. c. III. p. 2. ſect. 1. m. 1. §. 41. n. 17. p. 172.* Ex eodem fundamento iudex cautionem de non offendendo *ex officio* iniungit, vti recte obſeruat contra communem ſententiam ZAVNSCHLIFFER. *de offic. iudic. ſupplet. P. II. concl. 2. §. 2. in f.* Quietis publicæ ratio æque facit, vt iudex litigantes inuitos quoque poſſit ad tranſactionem compellere MEVIVS *P. I. deciſ. 214.* ne forſan ex priuata rixa multorum ſtrages ſequatur. GAIL. *de pac. publ. lib. 2. c. 18. n. 11.* KNIPSCHILD. *de fideicom. famil. c. XI. n. 102.* MEVIVS *p. III. deciſ. 217. n. 6.*

Ob quietem publicam ſequeſtrum ex officio decernitur.

§. IX. Progredior ad REGVLAM SECVNDAM, quæ iubet iudicem illa *ex officio* facere debere, quæ ad abbreuiandum proceſſum faciunt. Hunc in finem (α) ante omnia iudex ex officio tenetur tentare amicabilem compoſitionem, *C. vlt. X. de tranſact.* alioquin grauiter peccat, quod plenius illuſtrat ZIEGLER.

Pro abbreuiando proceſſu iudex tentare debet tranſactionem.

quem in finem *ex officio* peritos rerum calculatores conſtituit, HEESER *de ration. redd. loc. III. n.* 30. *et* 36. maxime ſi litigantes circa electionem calculatorum diſſentiant. CHRISTINAEVS *vol. II. deciſ.* 98. *n.* 4. HEESER *c.* 1. *n.* 48. Huc porro pertinet, ſi periculum quoddam in mora ſit, MEV. *P. VIII. deciſ.* 128. *n.* 5. vbi ſimul docet quomodo commiſſiones decernendæ. Item ſi rerum inſpectionem ocularem deſiderat. SCHWENDENDORFF. *ad proc. Fibig. p. I. c.* 2. *m.* 3. §. 1. *reg* 5. *n.* 32. (*d*) Pluribus litis conſortibus iniungere ex officio poteſt, vt communem conſtituant procuratorem, *ne per plures lis diſperſa tardior, difficilior atque intricatior eueniat*, vt ait MEVIVS *p. IV. deciſ.* 63. (*e*) Cauſſam quoque pro concluſa, neutro litigantium petente, *ex officio* iudex declarat, ſi videat, cauſſam ſatis inſtructam eſſe, vt ad ſententiam ferendam procedere poſſit. Solent enim extra Saxoniam Aduocati inutilibus allegationibus in infinitum et tamdiu procedere, donec iis ſilentium imponatur *auth. iubemus. C. de iudic.* GAIL. 1. *obſ.* 107. *n.* 2. BRVNNEMANN. *in proc. ciuil. c.* 26. *n.* 4. Et vtinam iudices maturius hic officium ſuum interponerent! quo facto ſane tot inutiles altercationes præcauere poſſent. Hic etiam poſſunt referri, quæ *cap. anteced. de reiiciendis friuolis allegationibus* dicta ſunt.

4) *Cauſſam pro concluſa habere.*

§. X. TERTIA REGVLA iubet illa ex officio ſupplere, quæ iura partium quidem concernunt, ſed iuri communi conueniunt, prout diſertis verbis in *l. un. C. vt quæ deſ. aduoc.* dicitur h. e. partibus a iure communi ſunt indulta et tributa, vel etiam iudici præſcripta et ad veritatis indagationem faciunt. Hic quidem ingens campus ſeſe mihi aperit, plures coaceruare concluſiones, eisque regulam illuſtrare, quas ex *inſtituti ratione* tantum referre, non explicare mihi integrum eſt. Pro declaratione

Illa ex iure communi iu-

dex non ſupplet, quorum omiſſio tacitam renunciationem in ſe continet.

tione tamen regulæ adductæ illud adhuc præmitto, toties *iudicem hic officio ſuo fungi, quoties non conſtat, litigantem ſuo iuri, quod iudex ſupplere vult, expreſſe vel tacite renunciaſſe:* alioquin, ſi de hoc ex circumſtantiis conſtat, iudex illa, quæ *iuris communis* ſunt, et iura partium mere concernunt, non ſupplet, cum cuilibet permiſſum ſit, ſuo iuri renunciare. *l. pen. C. de pact.* Hinc eſt (1) quod iudex non ſuppleat exceptionem *primæ inſtantiæ*, ſi reus ſponte iudicio ſuperiori ſe ſubmittit, quia ita ipſo facto ei cenſetur renunciaſſe MEV. *P.* 2. *deciſ.* 367. (2) quod ſponte comparentem in foro incompetente admittere poſſit, quia cenſetur prorogaſſe iuriſdictionem; *l.* 1. *l.* 4. *C. de iuriſd.* (3) quod actorem in cauſſa ordinaria ſummarie agentem non repellat, ſi reus de eo non proteſtetur, cum reus proceſſui ordinario renunciaſſe videatur; (4) quod impunita plerumque ſit rei contumacia, ſi actor eam haud accuſet, cum ſuo ſilentio itidem iuri ex contumacia alterius quæſito renunciaſſe videatur; MERCKELBACH. *apud Klock. vol.* 3. *conſil.* 187. *n.* 170. (5) quod in cauſſa euictionis auctorem ad aſſiſtendum non citat, reo id non vrgente; Nicolai *in proc. p.* 1. *c.* 24. (6) quod ſententiam actore haud inſtante iudex non exſequatur, cum actor ſilendo reo inducias indulſiſſe videatur etc. Hæc et alia ſimilia a iure communi quidem dependent, ſed nemini obtruduntur, minime vero iis, qui eis *tacite* renunciaſſe cenſentur.

Si nulla renunciatio allegari poteſt, tunc, quæ iuris communis ſunt, ex officio ſupplet.

§. XI. Quando vero nulla eiuſmodi præſumta renunciatio allegari, nec ex *taciturnitate* colligi poteſt, tunc demum ſeſe exſerit officium iudicis ſuppletorium. Neque enim ſilentium ſemper pro renunciatione iuris haberi poteſt, ſed tunc demum, quando expreſſa declaratio in contrarium a iure deſideratur, quin potius in dubio ita ſilentium interpretandum, ne renun-

renunciationem iuris inducat. Huc itaque refero 1) quod aliquando etiam non petentibus poſſit aduocatos dare, ſi perſonæ qualitas id poſtulat *l. 9. §. 5. D. de offic. proc.* vel præcauere, ne ab vna parte ſtent aduocati peritiſſimi; *l. 7. C. de poſtul.* 2) conſtituit quoque abſentibus curatores, maxime in hereditatis diuiſione MEV. *P. 4. deciſ. 398.* 3) exceptiones omiſſas, quæ maxime ad proceſſum dirigendum ſpectant, ſupplet, v. c. *præiudicii l. 10. C. de iniur.* neque enim ſine ſumma confuſione iudex admittere poteſt, vt de illa cauſſa iam agatur, cuius deciſio pendet ex cauſſa principali nondum finita ZAVNSCHLIFFER *cit. tr. p. 2. concl. 11. §. 13.* Spectat huc etiam exceptio *non impleti contractus*, quæ contractibus bilateralibus, in quibus vterque æque principaliter obligatur, obiicitur, et ipſi actioni ineſt, immo cum ipſa actione naſcitur; ROMANVS *conſ. 244.* FRANZK. *ad tit. de act. emt. vend. n. 17.* STRYK. *in Vſ. mod. ad cit. tit. §. 2.* ZAVNSCHLIFFER. *cit. l. n. 10.* 4) quin etiam *exceptiones peremtoriæ* illæ ſuppleri poſſunt, quæ *iuris communis* ſunt, vtut haud allegatæ ſint, vt *vſurariæ prauitatis*, *legis Anaſtaſianæ*. MEV. *p. 3. deciſ. 1.* Vtrum autem ſupplere poſſit exceptionem *SCti Macedoniani* vel *Velleiani*, prout ſtatuit ZAVNSCHLIFFER. *cit. tr. p. II. concl.* 11. §. 10. *et* 11. vel inde dubium eſt, quod hæ exceptiones ad *ius commune* non ſpectent, ſed *beneficia perſonarum* ſint, quibus qui non vtitur, renunciaſſe cenſetur, prout ſupra iam monui. 5) In primis vero multa *ex officio* ſupplet circa probationem, veluti quod interrogatoria ex officio formare et ſuper his teſtes examinare queat *c. 37. X. de teſtibus*, quod etiam pluribus locorum conſtitutionibus confirmatum eſt, teſte MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 20. §. 1. n. 474.* cum iudici potiſſimum probatio fiat, et re vera ſine interrogatoriis probatio

cui-

euidens et *clara* dici nequeat: talis enim demum fit ex ſubiecta *ratione ſcientiæ*, quæ per *interrogatoria* eruenda. Vnde praxis Saxonica contraria, de qua teſtatur BERGER. *ad proceſſ. Saxon. tit. 20. obſ. 2. not. 5.* ſane valde incommoda eſt, et ſola hac ſubtilitate nititur, quod præciſe intra terminum præfinitum offerri debeant. Huc etiam pertinet, quod *ex officio* probationem iniungere debeat, quod quidem negat MEVIVS *p. 2. deciſ. 97.* aiens: *quando partes probationem non offerunt, ex officio ad illam adigere vel iniungere iudicis non eſt*, ſine ſufficiente tamen fundamento, cum huius neceſſitas ex iure communi dependeat, et ſine ea iudex definitiue pronunciare non poſſit, quod potiſſimum in Saxonia nullum omnino dubium habet. Poteſt præterea aliquando terminum probatorium prorogare *ex officio*, ſi impedimentum actoris notorium ſit, MEVIVS *p. 2. dec. 369.* BRVNNEMANNVS *ad l. 7. de feriis n.* 10. Ipſius quoque arbitrio relictum, vtrum ipſemet, an per commiſſarios examen peragere malit, quod iam ſupra tactum etc. Recognitionem documentorum quoque *ex officio* iniungit CARPZOV. *in proc. tit.* 14. *art. 2. n. 12. ſeqq.* vt et editionem documentorum, quibus ad ſui informationem indiget MEVIVS *p. 2. dec. 127. p. 3. deciſ. 337.* etc. 6) Circa iuramenta quoque varia *ex officio* ſupplere *poteſt* vel *debet*, prout rationes circumſtantiarum id ſuadent. Sic ex officio teſtibus imponit iuramentum in eiuſmodi cauſſis, in quibus pars aduerſa eis iuramentum remittere nequit I. S. STRYK. *tr. de iuram. meletem. VII. c. 5. §. 3. ſeqq.* MARTINI *in proc. Sax. tit. 20. §. 3. n. 117. ſeqq.* Iuramenta *legalia* ſeu *neceſſaria* principaliter huc ſpectant, quorſum pertinent *ſuppletorium*, *purgatorium*, cuius ſpecies etiam eſt *manifeſtationis*, item *in litem*, *minorationis*, *malitiæ* etc. quæ iudex etiam non rogatus

tus pro varietate circumſtantiarum, a legibus determinatarum, vel *actori* vel *reo* defert, MARTINI *ad proc. Saxon. tit. 32. n. 47. ſeqq.* quæ cum tractationem diffuſiorem requirant, hic explicari non poſſunt, præſertim cum I. S. STRYK. *diſſ. de offic. iudic. circa iuramenta* ex profeſſo de hac materia egit. 7) Pertinet quoque ad informationem iudicis circa cauſſam *inſpectio ocularis*, quam iudex ſponte ex officio etiam decernit, *l. 8. §. 1. D. fin. reg.* HERTIVS *de inſpect. ocular.* §. *35.* vt tamen partibus citatis peragi debeat, MEVIVS *p. 4. deciſ. 139. n. 8. et p. 5. deciſ. 229. n. 3. ſeq.* quod declarat HERTIVS *cit. l.* §. *36.* 8) Teſtes obſcure deponentes ex officio, etiam poſt interuallum, a iudice citari, et rurſus examinari poſſunt, vt declarent ſuum teſtimonium *c. 83. X. de teſtibus.* CARPZOV. *p. 1. c. 16. def. 30.* ANTON. FABER. *in C. lib. 4. tit. 15. def. 2.* 9) Tranſmiſſionem actorum etiam ex officio decernere poteſt, quod praxis teſtatur, immo petitam tranſmiſſionem aliquando iuſte denegat, vti docet Dn. PRAES. *diſſ. de diſcrimin. tempeſt. mar. c. 1.* 10) Fructus etiam non petitos in realibus actionibus adiudicat, non attenta diſtinctione, quam ſuppeditat ICtus in *l. 25. §. 8. D. de ædil. edict.* quæ iudicibus pedaneis, ad formulam adſtrictis, limites ponit STRYK. *in vſ. mod. tit. de rei vind.* §. *16.* 11) Victum in expenſas condemnat ex officio, licet expenſæ haud fuerint petitæ *l. 79. D. l. 15. C. de indic.* GAILIVS I. *obſ. 51. n. 21.* Hoc tamen ita communiter limitant, vt *poſſit*, non vero vt *teneatur* victum in expenſas, non petitas, condemnare, quia negligens ſibi imputare debet, quod expenſas non petierit MARTINI *in proc. tit. 36. §. 1. num. 152.* etc.

§. XII. *VLTIMA* denique *REGVLA* reſpicit *factorum* ſupplementa. Equidem iudici extra acta non creditur, adeoque *Quid iudex ex officio circa facta ſupplere poſſit?*

que ſi extra acta de circumſtantiis aliunde ſufficienter informatus eſt, has tamen ſupplere non poteſt, ſi de iis ex actis non appareat. Quæ autem actis inſerta ſunt, vel ex actis ſtatim probari liquido poſſunt, illorum iudex omnino rationem habere debet, ſi vel maxime non allegantur. Sic exceptio præſcriptionis facti eſt, et allegantis probatione regulariter indiget; MEVIVS *p. IV. deciſ. 22. n. 5.* eam tamen ſupplere debet, vbi *ex actis* apparet, IDEM *p. VIII. deciſ. 419.* etiamſi a parte non fuerit oppoſita. IDEM *p. VII. deciſ. 182.* Idem de aliis exceptionibus, vt *rei iudicatæ, tranſactionis, deficientis cauſſæ debendi* etc. dici poſſet, prout plenius declarat ZAVNSCHLIFFER *de offic. iudic. ſupplet. p. II. concl.* 11. Ex *notorio* quoque ea, quæ in facto omiſſa ſunt, ſuppleri a iudice poſſe, Dd. volunt, contendentes, notoria non eſſe probanda, de quo themate ex profeſſo egit I. S. STRYK. *de Notorio* inſimulque oſtendit, regulas fere omnes, quas de *notorio* formare ſolent, inapplicabiles eſſe, adeoque hæc obſeruatio de *ſupplendo notorio* quoque otioſa videtur, et applicatione deſtituta, vtut ZAVNSCHLIFFER *p. II. concl. 12. in. f. et p. I. concl. 9.* §. *3.* eam adhuc explicet et illuſtret. Poſſent ſane iudices ſub prætextu *notorii* multas circumſtantias ſupplere, et ita in fraudem legis talia committere, quæ directo prohibita ſunt, quod miníme ferendum eſt. Cetera, quæ etiam huic noſtro labori deſunt, ſuppleat legalis dexteritas beneuoli lectoris, et ex officio humanitatis, quæ ipſi reiicienda videantur, placida mente toleret, quo ipſo ſane æquiſſimi iudicis officium ſuſtinebit.

EXERCITATIO XXXVI.

AD LIBR. V. PAND. TIT. I.

DE

CAVSSIS ARDVIS ET MAIORIBVS.

CAPVT I.

DE

GENERALI CAVSSARVM ARDVARVM ET MAIORVM CONSIDERATIONE.

ARGVMENTVM.

§. I. II. *Quid arduum ſit, ſcire vtile, ſed difficile eſt. III. Leges accommodantur ad negotiorum naturam. IV. Multa in negotiis humanis arbitrio iudicis relicta ſunt. V. Iudicis diſpectio circa negotia ardua, mediocria, et minima. VI. Illorum diſcrimen intuitu iurium. VII. VIII. Opiniones doctorum in definiendis cauſſis minimis. IX. Iudicis arbitrio cauſſarum minimarum determinatio relinquenda: X. in eaque ad litigantium opinionem non reſpiciendum. XI. Cauſſarum minimarum iura. XII. Opiniones DD. in cauſſis arduis determinandis. XIII. In his ad praeiudicii qualitatem reſpiciendum. XIV. Principia in aeſtimando praeiudicio. XV. Arbitrium iudicis in cauſſis arduis determinandis. XVI. Harum numero ſunt criminales, XVII. matrimoniales, XVIII. famoſae et honoris, XIX. eccleſiaſticae, XX. feudales, XXI. cauſſae ſtatus et fiſcales, XXII. lites de maxima bonorum parte, XXIII. cauſſae impeditae diſcuſſionis. XXIV. Regulae de cauſſis arduis.*

§. I.

Arduum eſt de arduis ediſſerere.

Arduum eſt ediſſerere de *arduis*, cum admodum arduum ſit, definire, *quid ſit arduum?* Et tamen ardua ſuis peculiaribus inſtructa ſunt iuribus, quæ licet arduam habeant diſceptationem, ab vtilitate tamen ſingulari, quam vitæ humanæ adferunt, ſeſe adeo commendant, vt eorum penitior conſideratio non poſſit non animo ſolliciti indagatoris ſeſe inſinuare. Eſt etiam iter gloriæ arduum, et tamen homines id omni animi impetu ingrediuntur, quia fructum laborum ſuorum inſignem exſpectant; nec quicquam ſine ſudore impetratur, quod alicuius momenti eſſe cenſetur. Dum itaque de *arduis* diſceptationem ſuſcipio, eorumque iura peruoluo, memor ſum illius OVIDII:

Ardua molimur, ſed nulla niſi ardua vincunt.

Id quod vt proſpere ſuccedat, in votis habeo.

Maxime cum quid arduum ſit ſæpe non accurate enucleetur.

§. II. Quemadmodum vero in *cauſſis arduis*, in litem deductis, etiam peritiſſimi in diuerſas ire ſolent ſententias, fatente COTHMANNO *Vol. IV. Reſp.* 4. *n.* 1. *ſeqq.* ita facile contingit, vt multa dicantur *ardua*, quæ talia non ſunt, et rurſus alia *leuioris ponderis* eſſe iudicentur, quæ re vera pondus haud exiguum habent, inde neceſſe erit, naturam et indolem *rerum arduarum* et *cauſſarum maiorum* ante omnia excutere, et quatenus leges ad naturam earum ſeſe accommodarunt, inquirere.

Leges ſeſe accommodarunt

§. III. Conclamatum eſt, leges dirigere negotia ciuilia, tam *publica* quam *priuata*, vt in his ſuum cuique tribuatur, quo

quo intuitu etiam omnium *diuinarum et humanarum rerum reginæ* dicuntur in *l. 2. D. de legib.* Cum vero negotia humana admodum varient, nec vnius eiuſdemque indolis ſint; rationi rectæ conueniens fuit, iura accommodare ad rationem negotiorum, et in legibus ſpecialibus ferendis ſemper ad naturam eorum intimam reſpectum habere. Hæc ſine omni dubio vera cauſſa eſt, quod tam diuerſiſſima iura circa negotia hominum lata ſint, quæ eo ipſo augentur, quo negotia hominum creſcunt, commercia incrementa capiunt, et actionum humanarum fata varia exiſtunt. Germani antiqui, dum adhuc in ſumma viuebant ſimplicitate, iuribus quoque ſimplicibus viuebant, et tot negotiis diuerſiſſimis haud diſtricti infinitis quoque legibus carere potuere. Sed creſcente numero negotiorum, creuit numerus legum, qui minui vix poteſt, ſi tot negotia, diuerſam indolem habentia, in republica vigent florentque. Fauor *agriculturæ* multa ſingularia produxit iura, et in Germania in primis ingentem iurium peculiarium cumulum conſtituit, poſtquam res agraria per tot temporum mutationes tam diuerſiſſime ſeſe habere cœpit. Quis *militiæ* iura propria negabit? quis, *feudis* introductis, aſſerere vnquam auſus eſt, iure peculiari in iis opus haud eſſe? *Mercatura*, quot iura peculiaria habet? quot res *nauticæ*? *aſſecurationes*, *cauſſæ cambiales* et his affines? Opificum negotia tot inuoluta ſunt iuribus ſpecialibus, vt vel ſeparatam ſpeciem *iuriſprudentiæ* inde efficere queas, vt ADRIANVS BEIERVS *variis tractatibus* oſtendit. Noto notius eſt, cauſſas *Eccleſiaſticas*, piasque peculiaribus iuribus eſſe inſtructas, et quæ *publicum regimen* reſpiciunt, ſecundum normam iurium priuatorum æſtimanda haud eſſe. Similiter et *rerum* non leuis diuerſitas

ad negotia hominum.

Quæ cum varia ſint, varia inde nata ſunt iura.

eſt. *Mobilium* et *immobilium* in plurimis diuerſiſſima iura ſunt, non alia ex ratione, quam quod diuerſam in plurimis naturam habeant. Quis ignorat, *rerum fungibilium* peculiarem prorſus eſſe indolem? quæ diuerſa etiam iura in plurimis a *non-fungibilibus* non aliunde, quam ex natura eorum propria, poſtulauit.

Non omnia tamen determinari potuere, ſed plura Iudicis arbitrio relicta.

§. IV. Quamuis ex *natura rerum peculiari* plura in legibus ſint determinata, fieri tamen non potuit, vt omnes et ſingulæ cauſſæ, quæ incidere poſſunt, lege ſpeciali definirentur, *l. 10. ſeqq. D. de legib.* adeoque plurima adhuc et *olim* et *hodie* prudentis iudicis arbitrio relicta ſunt. Talia autem ex *natura negotiorum peculiari* æſtimanda ſunt, vt ante omnia neceſſe ſit, in quauis cauſſa *naturam* et *indolem* rei noſſe et euoluere. Hac methodo ipſi ICti Romani olim in obuenientibus caſibus vſi ſunt, vt, inſpecta rerum natura, et adhibito rationis rectæ duce, in huiuſmodi cauſſis deciſiones ſuas formarent, et quid iuſtum, æquumque eſſet, ſtatuerent. In materia *præſtationis culparum* varias in iure occurrere difficultates, interpretes fatentur, quæ tamen non aliunde oriuntur, quam quod Dd. ex *l. 5. D. commod.* ſibi certas formauerint regulas, quas vbique applicandas eſſe cenſuere, cum tamen regulæ ibi traditæ ſint *inadæquatæ*, nec ICti iis vnice inſtiterint, ſed potius primario ad rerum obuenientium naturam reſpexerint. Nam in emtione venditione regulariter *culpam leuem* ſeu *mediam diligentiam præſtandam*, omnes fatentur, et tamen in *l. 2. et 3. D. de peric. et commod. rei vend.* ICtus leuiſſimam culpam in venditione *rerum fungibilium* præſtandam eſſe docet, non alia de cauſſa, quam quod res fungibiles plerumque ſingularem curam requirant, qua non adhibita facile corrumpi

queant.

queant. Qui prædia vrbana alteri locat, præſtare debet, vt vſum habere poſſit, alioquin conductor ad mercedem non tenetur: in *ruſticis*, ſi ſterilitas inſolita circa fructus pendentes contingit, vt fructum ſperatum conductor habere nequeat, non omnis remittitur merces, ſed ex *æquo et bono* remiſſio pro parte indulgetur, quia harum rerum prouentus ſunt incerti, et vnius anni ſterilitas cum vbertate alterius penſanda eſt, adeoque aliquid *ſpei* in hoc negotio occurrit, *l.* 15. §. 4. *locati.* PVFFENDORF. *l.* 5. *de Iur. N. et G. c.* 6. §. 3. In *tacita renouatione locationis* prædiorum diuerſitas deſumta eſt ex diuerſa prædiorum *ruſticorum* et *vrbanorum* natura *l.* 13. §. 10. *locat.* et ita in aliis ſimilibus deciſionibus ICti verſati ſunt.

In negotiis ſollicite videndum, vtrum ſint ardua, mediocria, an minima,

§. V. Similem prouidentiam adhibuere ICti in applicatione iurium, quando ſollicite conſiderarunt, vtrum negotium, de quo concertatur, ſit *arduum*, an *mediocre*, an vero *minimum* et *leuiſſimi momenti*? Quamuis enim iuſtitia in quacunque re nemini ſit deneganda, *grauitas* tamen vel *mediocritas* cauſſæ non ſemper vnum eundemque modum procedendi admittit, nec eadem iura in omnibus deſiderat. Praiudicium *leuius*, quod ſperni poterat, facit, vt *citra ambages* procedatur, e contrario ob *grauius* praiudicium, quod ex cauſſa quadam imminet, maiori diligentia et prouidentia Iudicum opus eſt, et præcauendum, ne præcipitanter agatur. Scilicet ratio *præiudicii* et *læſionis* ex cauſſa imminentis diſtinguit cauſſas, adeoque prout illud vel grauiſſimum, vel leuiſſimum, vel mediocre eſt, ita quoque cauſſa dicitur *ardua*, *mediocris* et *minima*, cuius conſiderationis rationem Iudex in applicatione iurium ante omnia habere debet, cum ſecundum has qualitates iura nonnunquam varient. Equidem IVLIANVS antecessor

ceſſor Conſtantinopolitanus *in Nou. Iuſtiniani 69.* notanter ait: *Quamuis res, de qua agitur, minima videatur, tamen iuſtitiæ ratio non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis æſtimari debet*; interim tamen certum eſt, non eadem iura rebus *minimis* et *maioribus* vbique data fuiſſe, quamuis hoc ſenſu IVLIANI ſententia vera ſit, iuſtitiam nemini denegandam eſſe ex hac ſola cauſſa, quod res ſit *minima*, ſed vbique *iuſti regulas* adhibendas. Immo et tunc iuſtitiæ ratio habetur, vbi iura, rebus *minimis* data, applicantur.

Quæ non iiſdem iuribus fruuntur.

§. VI. Neque enim ad eandem *Iuris* regulam quæuis negotia componi poſſe cenſuere Legislatores, ſed diſcretionem adhibendam eſſe voluerunt. Regulam, quam leges conſtituunt, ſæpius de cauſſis *mediocris præiudicii* tantum intelligunt, nec eam ad cauſſas *minimas*, aliquando etiam nec ad *grauiſſimas* applicandam eſſe cenſent. Inde eſt, quod *minima* et *maxima* in pluribus iurium quæſtionibus a *regula* recedant, et ad *exceptionem* inclinent, maxime ſi *ratio* eorum peculiaris id poſtulat. Probatio quomodo ſolemniter ſuſcipi et inſtitui debeat ex *regulis proceſſus* conſtat. Hæ tamen regulæ non ſollicite obſeruantur in rebus *minimis*, ſed, quod leue admodum præiudicium litigantibus immineat, *leuior demonſtratio* ſufficit. E contrario in cauſſis *arduis* et *maioribus* concludentiſſima et luce meridiana clarior probatio deſideratur, vnde rurſus fit, vt ex hac conſideratione etiam ab ordinariis probationum regulis in nonnullis recedatur. Simile iudicium eſto de aliis infra tangendis. Ceterum vbi ratio

Niſi eadem ſubſit ratio.

nulla diuerſitatis ex *grauitate* vel *leuitate* cauſſæ deſumi poteſt, *regulæ* vtique inſiſtendum, *l. 22. de damn. infect. l. 1. §. 10. de coniun. cum emanc. lib. l. 13. vt in poſſeſſ. legat. l. 5. §. 6. D. de acquir.*

quir. rer. domin. Nou. 69. c. 1. KLOCK. *Vol. 1. Conſil. 29. n. 582.* SCHRADER *de feud. P. X. ſect 5. n. 69.* Sic etiam *debitum paruum* eſt æque debitum ac quidem illud, quod magnæ *quantitatis* eſt, adeoque etiam debitor ad illud æque ac ad hoc ſoluendum, adſtringendus. Non creditur teſti, in propria cauſſa, ſiue *minima* ſiue *mediocris*, ſiue maxima fuerit, vt recte cenſuit CICERO *pro Roſcio* et, *more maiorum,* ait, *comparatum eſt, vt in minimis rebus ampliſſimi homines teſtimonium de ſua non dicerent.* Noui vulgatum Dd. aſſertum: *parum et nihil æquiparari,* REYGER *in Theſ. iur. voc. minimum*, ſed præterea noui, illud falſiſſimum eſſe, ſi *crude* et *generaliter* accipitur. Ita ſunt comparatæ plures regulæ iuris, vt de *particularibus caſibus* intelligi debeant, nec in *effectu regulam*, ſed ſæpe tantum *exceptionem* conſtituant.

§. VII. Quæ cum ita ſint, agite videamus, quæ *minima*, quæ *maxima et ardua* dicenda, vt oppoſita iuxta ſe poſita magis eluceſcant. Fluctuant ICti et interpretes, nec certum quid conſtituere potuere, poſtquam magis *credere et aliorum fide ſapere*, quam *ratiocinari* voluere. Nihil aſſerendum eſſe ſine legibus, conſtituerunt, et ita quoque in determinando *minimo et arduo* legis deſiderarunt deciſionem, vt vix, bis duo eſſe quatuor, ſine lege ſtatuendum eſſe, arbitrati ſint. Equidem TIRAQVELLVS *de iudic. in reb. exig. ferendo* de iuribus *rerum exiguarum* varie diſputat, ſed quid *exiguum modicumque* dicendum ſit? non enucleat. ANTONIVS CORSETVS *de minimis n. 1.* definitiones plures tradit diuerſiſſimas, quas alii quoque ſequuntur. Quidam enim (1) cauſſam *minimam* dicunt, quæ non excedit ſummam *duorum aureorum*, teſtibus SCACCIA *de iudic. l. 1. c. 53. n. 15.* et BLASIO ALTIMARO de

In determinandis cauſſis minimis fluctuant Dd.

An tales dicendæ, quæ duorum ſunt aureorum.

de nullit. ſentent. P. I. qu. 96. n. 3. Prouocant *ad l. 9. in f. et 10. D. de dolo mal.* vbi *modica ſumma* dicitur, quæ eſt *vſque ad duos aureos.* Sed falluntur, qui arbitrantur, ICtum *generaliter* definire voluiſſe, quid ſit *modicum?* Ait, actionem doli non eſſe dandam in *minima leſione*, quia infamat, et exempli loco exprimit quantitatem *duorum aureorum*, quæ minimam infert læſionem, propter quam negotia non ſunt temere reſcindenda cum infamia lædentis, quæ admodum grauat. Poteſt etiam maior ſumma eſſe minima in aliis negotiis, et quantitas *duorum aureorum* eſſe non minima, vt in *vſuris* aliisque cauſſis.

Vel quinque aureorum. §. VIII. Quidam (II) modicum æſtimandum cenſent ex quantitate *quinque aureorum* per *l. 6. D. de bon. damnat.* vbi *leues annuli* dicuntur, *qui non excedunt quinque aureos.* Notum eſt, bona damnatorum olim publicata fuiſſe: ab his bonis quædam excipiebantur, quæ ad *pannicularia* referebantur h. e. ea, quæ in cuſtodiam receptus ſecum adferebat ſpolia, quibus indutus erat cum ad ſupplicium duceretur. *cit. l. 6.* Inde quærebatur, an annuli leues ad bona damnatorum, fiſco addictorum, an vero ad *pannicularia*, quibus ſpoliabatur, quo momento quis punitus eſſet, referri deberent? Ad hæc illi referuntur annuli, qui ſunt *leues*, h. e. quinque aureos non excedentes. Quis vero aſſereret, inde *generalem regulam* extrui poſſe, minimum eſſe, quod non excedit quinque aureos? neque enim intentio legis fuit, in genere definiendi quid ſit *modicum*, ſed tantum determinandi, qui annuli ad *pannicularia* referri deberent. Maiorem (III) excogitauit quantitatem *Gloſſa in c. 11. X. de appellat.* putatque cauſſam minimam eſſe, quæ eſt *decem aureorum*, obſeruante ALTIMARO *cit. l. n. 4.* ſed cum abſque omni ratione hoc aſſeratur, meri- *Vel decem aureorum.*

to

to vt commentum gloſſæ reiicitur. Alii (IV) quantitatem adhuc auxerunt ad aureos viginti quinque, notante MENOCHIO *de A. I. Q. l. II. caſ.* 72. *n.* 5. ſed ſine omni fundamento. Rurſus alii (V) cauſſam minimam definierunt ex quantitate *centum aureorum* et quidem per *Nou.* 82. §. 9. vbi ſportularum modus Iudicibus præſcribitur, ſimulque additur, pro cauſſis, quæ tantum ad centum aureorum quantitatem adſcendunt, nihil exigi poſſe, ne in tam *parua quantitate* fructu victoriæ victor defraudetur. Sed recte MENOCHIVS *cit. l. n.* 3. hoc improbat, et inde argumentum generale necti poſſe negat, cum hoc non *abſolute*, ſed tantum intuitu *ſportularum* definitum ſit. Paullo generalius (VI) alii aſſeruerunt, illas eſſe minimas cauſſas, in quibus plus impenſarum faciendum quam lucrum ſperandum. MENOCHIVS *cit. l. n.* 6. ALTIMAR. *cit. l. n.* 5. Quamuis vero hæc ſententia magis rationi conformis, rurſus tamen ita comparata eſt, vt quibuſcunque caſibus applicari nequeat. Sumtus futuri, in litem faciendi, ſunt incerti, et ſæpe, ex vitio ſæculi, contingit, vt in cauſſis magnæ quantitatis præter omnem ſpem et exſpectationem impenſæ litis exhauriant omnem fructum victoriæ, quæ tamen ab initio pro *minima* haberi non poterat.

An quae centum aureorum?

An ad impenſas litis reſpiciendum?

§. IX. Liquet ex adductis Dd. ſententiis, quantæ incertitudini ſeſe exponant, qui vbique *determinationem legis* deſiderant. Sunt in negotiis hominum plures quæſtiones, quæ certa definiri nequeunt regula, ſed Iudicis arbitrio relinqui debuere. His merito quoque annumerandum eſt, quid pro re *minima* haberi debeat, quod Iudex æſtimare debet ex *condi-*

Potius arbitrio Iudicis ſtandum.

tione, perſonarum et *præiudicio*, quod litigantibus ex lite imminet. Nam etiam quantitas in ſe minima *præiudicium ingens* in ſe habere poteſt, vt pro cauſſa *minima* haberi nequeat. E contrario quantitas alicuius momenti *modica* cenſeri poteſt, ſi *conditio perſonarum* ita comparata fuerit, vt præiudicium, quod alii inde meruere poſſent, ſperni vel facile negligi queat. *l.* 20. *C. de Appell.* Sic cauſſa, quæ inter diuites *parua* poteſt cenſeri, inter pauperes *magna* eſſe poteſt, immo et ſi inter diuites lis ſit de re in ſe parua, cauſſa tamen magna eſſe poteſt, ſi præiudicium *famæ* et *exiſtimationis* vel *fidei* inde dependeat, ſi *onus perpetuum* inde ſubeundum ſit, ſi grauiſſimum damnum in patrimonio poſt ſe trahat, forſan priuationis pœnam etc. conf. BLASIVS ALTIMARVS *cit. l. n.* 6. MENOCH. *cit. l. n.* 10. VMMIVS *Diſp.* 16. *de proceſſ. n.* 40. CORSETTVS *de minimis n.* 1. SCACCIA *de iudic. l.* 1. *c.* 53. *n.* 15. BARBOSA *in Theſaur. l.* 2. *c.* 41. *ax.* 2. REYGER. *in Theſ. voc. minimum n.* 2.

Non vero ad litigantium opinionem reſpiciendum.

§. X. Dum ergo *arbitrio diſcreti Iudicis* determinationem *rei minimæ* relinquo, excludo iudicium litigantium, qui ſtudio affectuum et pruritu litigandi abrepti res minimas adeo extollere ſolent, vt crederes, de ſalute Græciæ agi, cum re vera de lana caprina diſceptetur. Exempla quotidiana id docent, adeoque optandum foret, vt huic rei medela adferri poſſet. Non deſunt leges, quæ, quomodo de *minimis* ius dicendum ſit, definiunt, ſed in praxi quid pro *minimo* habendum ſit, ſæpe adeo inuolutum eſt fraudibus partium et inuolucris fictitiis Aduocatorum, vt iudex facile in deuia deduci poſſit, niſi ſummam adhibeat præcautionem. Sæpe in fine litis, cauſſa iam ſatis et diffuſiſſime diſcuſſa, demum cogno-

cognoſcitur, re vera *de re minima* actum fuiſſe; Interim tamen de ea tantis ambiguitatibus concertatum eſt, vt inde liqueat, leges de rebus *minimis* loquentes rarius applicari ſolere. Olim ſane Prætores, antequam darent actionem, primum *ſummarie* cognoſcebant, an et quæ danda eſſet? Vtinam hodie etiam Magiſtratus decerneret, an actio concedenda, et qua via leuiſſima lis dirimenda eſſet! in qua deliberatione primario ad qualitatem hanc, an cauſſa *parua*, *mediocris*, an vero *ardua* ſit, reſpiciendum eſſet. Sed talem ſinceram iuſtitiæ adminiſtrationem iudicia noſtra vix ferunt, niſi noua emendatio eis accedat, quam potentiſſimus Rex Boruſſiæ FRIDERICVS WILHELMVS incredibili ardore vulneratae admodum rei iudiciariæ adhibere intendit. Inde in der Verbeſſerung des Juſtiz-Weſens §. 28. optime conſtituit, zu dem Ende wollen wir, daß in geringen, leichten und klaren Sachen nicht ſo fort Verhören angeſetzet werden; ſondern es ſoll entweder denen Supplicanten durch umſtändliche Decreta die Weiſung geſchehen, die ſie durch eine koſtbare Verhör nach Verſtreichung der Zeit erſt zu erwarten hatten, oder es ſoll in ſolchen und allen andern Sachen, darinn nur ein Vergleich zu hoffen, ohne Verſuchung der Güte nicht ſo fort ein Proceſſ veranlaſſet werden, und iſt unſer Wille, daß künftig ſogleich in primo termino die Güte, er ſey dazu angeſetzet oder nicht, tentiret, und wann dieſelbe nicht verfangen will, die Sachen entſchieden werden.

Quale eſſe debeat officium Iudicis.

§. XI. Ideo autem potiſſimum de hac qualitate, vtrum res ſit *minima* dicenda? diſquiſitio inſtituitur, quoniam rei minimæ multa ſunt ſpecialia iura. BRVNNEM. *de proc. ciu. c. l. n.* 35. *ſeqq.*

Rei minimae multa ſunt ſpecialia iura.

35. *ſeqq.* Non fert inſtituti ratio, vt illa ex profeſſo hic explicari queant, vbi non de *minimis*, ſed *arduis* agere intendo, vnde ad ea, quæ alii hac de doctrina congeſſère, lectorem amandare cogor. Scilicet iura ſpecialia rerum *minimarum* adduxêre ANDREAS TIRAQVELLVS *de iudicio in reb. exig. ferendo.* CORSETTVS *de minimis.* MANZIVS *de ſpecial. iur. commun. voc. modicum.* IO. SIBRAND *Diſſert. de minimo.* AYMON CRAVETTA *Conſ. 182. n. 15. ſqq.* Sed quod diſſimulare nequeo, plura ita ſunt comparata, quæ ab his adducta ſunt, vt ſine cenſura dimitti nequeant, quorum examen tamen hic inſtituere nequeo. Sæpe enim generalem regulam conſtituunt, quæ tamen admodum *particularis* eſt, qualis eſt illa, quod *minima non curet Prætor*, quæ in cauſſis *reſtitutionum* in primis ſuum vſum habet, *l. 4. D. de reſtit. in integr.* ſed generaliter propoſita falſa eſt, interim tamen Dd. ea maxime abutuntur v. BEYGER *Theſaur. voc. minimum.*

In arduis cauſſis determinandis itidem fluctuant Dd.

§. XII. Sicuti vero in *minimis* determinandis Dd. admodum fluctuant, ita non mirandum eſt, de *rebus arduis* et *maioribus* diuerſiſſima etiam deprehendi iudicia. Fuere enim, qui ex *quantitate* primario eas determinandas eſſe cenſuerint, vt ſi excedant *centum aureos*, cauſſa credi debeat ardua. NATTA *Conſ. 305. n. 6.* FRANCISC. NIGER. CYRIACVS *Controu. for. 562. n. 19.* GRATIANVS *Tom. I. c. 145. n. 56.* Sed facile liquet, ex *Nou. 82. c. 9.* hanc fluxiſſe ſententiam, prout §. 8. iam oſtenſum eſt, quæ tamen parum roboris habet. Alii quantitatem *ducentorum florenorum* pro graui cauſſa habendam eſſe credunt, cui ſententiæ adſtipulatur ERNEST. COTHMANN. *Vol. II. Reſp. 82. n. 54.* cum DECIO *Conſil. 176. n. 7.* quod tamen rurſus *generaliter* aſſeri nequit, ſed ex aliis æſtimandum eſt circumſtantiis,

tiis, præiudicium inſigne præ ſe ferentibus. Alii ex quantitate 300. vel 500. Hungaricorum graues cauſſas æſtimandas cenſent BESOLDO teſte *conſ. 241. n. 22.* ſed ratione ſolida deſtituuntur, qua generalitatem huius fundamenti doceant, et forſan rurſus ad *Nou. 82. c. 3.* confugiunt, quæ tamen tantum determinat quantitatem, vſque ad quam *iudices pedanei* iudicare poſſent. Alii rurſus occupati ſunt in referendis cauſſis arduis, putantque, eas ad certas claſſes reduci poſſe, quas poſtmodum examinabo.

§. XIII. Vt paucis me expediam, primario ad *præiudicium*, quod ex cauſſa imminet, reſpiciendum eſſe arbitror, vt cauſſa tunc demum *ardua* et *maior* dicatur, quæ ingens allatura præiudicium cenſetur, ſiue concernat *ſalutem publicam* vel *Eccleſiæ* eiusque *ſtatum*, ſiue *priuatam vtilitatem* ſalutemque, et quia damnum, quod inde redundat, gradus ſuos habet, inde etiam aliæ aliis grauiores ſunt, vt illæ quidem his, et hæ rurſus grauiores cenſendæ ſint, quæ *vitam et exiſtimationem*, quam quæ *bona* concernunt. Breuiter: præiudicium mediocre paruum aut magnum diſtinguit cauſſas mediocres paruas aut arduas WVRMSER. *l. 1. tit. 14. Obſ. 12. n. 1.* MENOCH. *de arbitr. iud. quæſt. cent. 1. caſ. 72. n. 10.* FINCKELTHAVS *Obſ. XXII. n. 10.* BEVST *ad l. 31. D. de iurei. n. 238.* BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. P. II. qu. 249. n. 81.*

Vnice tamen ex præiudicii qualitate illa æſtimanda.

§. XIV. Ipſum præiudicium autem, quod ex cauſſa alicui obtingere poteſt, æſtimandum (1) *ex conditione perſonæ eiusque ſtatu:* prout dignitas et gradus honorum homines diſtinguunt, ita etiam cauſſæ læſi honoris creſcunt vel minuuntur. Ruſtico non adeo ingens præiudicium adfertur per læſam exiſtimationem, quæ tamen nobili, aliisque dignioris conditionis

Præiudicium graue oritur ex ſtatu perſonæ.

nis viris grauior ipſa morte cenſetur. Immo etiam opifici *grauis* et *magna* cenſetur, cum imminuta eius exiſtimatio ad opificium peragendum ineptum eum reddat. (2) *Ex facultatibus et bonorum copia vel defectu.* Cauſſa enim alias magna poteſt dici parua, inſpecta hac qualitate, veluti ſi inter Comites, Barones aliosque Crœſos lis eſt de aliquot millibus florenorum, reſpectu eorum poteſt dici *mediocris*, quæ reſpectu aliorum, quorum patrimonium vniuerſum hæc quantitas conſtituit, eaque lite ita periclitatur, eſt *ardua*, *grauis* et *magna* ob ingens præiudicium periculumque, quod vniuerſis facultatibus imminet. ANDREAS SCHEFFER *P. II. qu. 3. n. 17. ſeqq.* CYNVS *ad l. 3. C. de reb. credit.* SICHARDVS *ad l. 3. de rebus creditis n. 53.* (3) *ex loco*, ſecundum quem pretia rerum augentur et minuuntur, vt quod alibi *viliſſimum* habeatur, alibi auro carius iudicetur. Aqua in pleriſque locis eſt viliſſima, poteſt tamen alicubi ob defectum aquæ eſſe pretioſiſſima, et inde cauſſa eius arduis accenſeri. *l. 14. de aliment. leg.* SICHARDVS *c. l.* (4) *ex affectione peculiari*, quam quis iuſta de cauſſa erga rem habet, quæ ex variis cauſſis oriri et *iuramento affectionis* etiam locum dare poteſt, quod ſpecialius illuſtrat THOMASIVS *Diſſ. de pret. affection. in res fungib. non cadent*, veluti ſi agitur de fundo, in quo ſunt maiorum imagines, vbi maiores ſepulti, *l. 35. de min. l. 1. §. 15. ſi quid in fraud. patr.* quæ auita ſunt, in quibus præcipue glorientur agnati, eorumque nobilitas ſplendet. KNIPSCHILD. *de fideic. famil. c. 5. n. 6.* et *c. 7. n. 2. ſqq.* (5) *Ex qualitate ipſius detrimenti*, vtpote ſi *irreparabile* ſit, quo intuitu *criminales cauſſæ* merito arduis annumerandæ ſunt. (6) *Ex ratione conſcientiæ*, quæ peculiariter in cauſſa quapiam haberi ſolet, qua de cauſſa matrimoniales cauſſas *arduas* et *maiores eſſe* volun-

Ex bonorum iactura.

Ex loco.

Ex affectione peculiari.

Ex damno irreparabili.

Ex ratione conſcientiæ.

voluerunt Pontificii et noſtrates cum ipſis, quamuis merito mirandum ſit, quod non in ceteris idem reſpectus concurrat. In omnibus vtique cauſſis et actionibus noſtris *conſcientiæ* ratio habenda eſt, adeoque ſi inde cauſſæ cenſendæ ſunt arduæ, quæuis cauſſæ *arduæ* dicendæ ſunt. Equidem aiunt, illas arduas eſſe iudicandas, quæ *vnice* et *principaliter* ſecundum *conſcientiæ dictamen* diiudicandæ ſunt, vt hoc adæquatum decidendi fundamentum cenſeri debeat, vt plenius demonſtrat WEBER *de Conſiſtor. c. XXVII. Sect. 25.* Verum quis ignorat, Pontificios hoc ſub *conſcientiæ inuolucro* omnes cauſſas ciuiles ad ſuum traxiſſe forum, vt plenius oſtendi in *Iur. Eccleſ. lib. II. Tit. 2. §. 2. ſqq.* et quamuis limites iuriſdictioni eccleſiaſticæ paullatim ſint poſiti, fecit tamen hic reſpectus, vt cauſſæ quædam priuatiue conſiſtoriis ſint deputatæ et *arduis* annummeratæ, quo iure vtplurimum fora Proteſtantium vtuntur.

§. XV. Verum plures aliæ circumſtantiæ occurrere poſſunt, quæ præiudicium ingens ex cauſſa redundans producunt, vtpote ſi pluribus, ſi ſtatui publico, ſi ſaluti Eccleſiæ, etc. detrimentum inde adferatur, quæ omnes referri et enarrari nequeunt. Vnde eſt, quod ſaniores ICti vnice arbitrio prudentis Iudicis diiudicationem cauſſæ, an *ardua* et *maior* dicenda ſit? relinquant, qui in primis ad *præiudicium* imminens, quod pro circumſtantiarum varietate ſuos habet gradus, reſpicere debet. TIRAQVELLVS *ad l. ſi vnquam C. de reuoc. donat. voc. omnia vel partem aliquam n. 31.* MENOCH. *de Arb. iud. qu. cit. l. n. 10.* PRVCKMANN. *Conſil. 10. Vol. I. n. 89.* GARSIAS *de expenſis c. XI. n. 16. ſqq.* ALTIMAR. *de nullit. ſentent. qu. 249. n. 82.* SERAPHINVS de SERAPHINIS *de priuil. iuram. priuil. 4. n. 101.* MANZIVS *in ſpecial. iur. commun. voc. arduitas.* BERLICHIVS *P. I. Concl.*

Multum hic committendum arbitrio iudicis.

54. n. 3. ZANGER *de except. c. 1. P. I. n. 54.* Plenius inter alios id illuſtrat. TIRAQVELLVS *c. l.* docetque, vnice arbitrio Iudicis æſtimandum eſſe, *quid dicatur paruum et leue, magnum aut graue, incommodum ſiue damnum? quæ læſio enormis aut modica? quæ impenſa ſit magna aut modica? vtrum debitum ſit magnum aut paruum? quæ quantitas ſit magna, quæque parua? quod pretium dicatur paruum ſiue vile aut iniuſtum reſpectu rei, aut iuſtum? quæ lis ſiue cauſſa dicatur magna aut parua? etc.*

Speciatim huc referuntur (1) *cauſſæ criminales.*

§. XVI. Ne vero arbitrium iudicis nimis liberum et indeterminatum eſſe videatur, potiores cauſſas, quæ *arduæ* et *maiores* cenſendæ, referre et illas ſiſtere ſolent, quæ ex *natura ſua propria* vtplurimum ingentis momenti habentur. Tales cenſentur eſſe (1) *criminales arg. l. f. C. de probat.* BERLICH. *cit. l. n. 5.* GAIL. *I. Obſ. 49. n. 1. et Obſ. 107. n. 12.* quia in iis, vt Dd. loquuntur, *non agitur de glande legenda, non de calce fodienda, non de partibus lucri et ſocietatis, contractu debiti, neque de tribus poſthumi capellis, neque de tritico cum oleo legato, ſed de fortuna, fama et ſanguine hominis, quibus nihil eſt in orbe terrarum præſtantius,* CARPZOV. *Pr. Crim. P. III. qu. 116. n. 20.* OLDEKOP. *in Obſ. Crim. Tit. I. Obſ. 4. n. 19. et Tit. V. Obſ. 3. n. 6.* CLAVDIVS de BATTANDIER *Pr. cauſ. crim. reg. 20.* Hoc tamen ſine dubio intelligendum, (1) quatenus *criminaliter* agitur: (2) per viam *accuſationis* vel *inquiſitionis:* nam etiam per modum *exceptionis* de *crimine* agi poteſt, non ad *pœnam*, ſed forſan ad teſtem reprobandum: *c. 54. X. de teſtib. c. 1. X. de teſtib. c. 2. X. de ordin. cognit. in f.* (3) ad pœnam *corporis afflictiuam vel capitalem:* ſi ad pœnam leuiorem agitur, cauſſa criminalis *ardua* ſemper haud cenſetur, ſed ciuili ſolet æquiparari. SCACCIA *de iudic. lib. II. c. 9. n. 636.*

§. XVII.

§. XVII. Prætorea 2) huc referunt *cauſſas matrimoniales*, eaſque propterea *criminalibus* comparant. *c. pen. X. de in integr. reſtit. c. vlt. de procur. in 6. ibi: propter magnum, quod EX FACTO TAM ARDVO poſſet periculum imminere c. 1. X. de conſangu. et affin.* MANZIVS *in Special. Iur. Comm. voc. arduitas.* CORASIVS *l. III. Miſcell. Iur. c. 4.* ZANGER *de except. P. I. Tit. I. n.* 53. MEVIVS *P. III. Deciſ.* 80. *n.* 1. *et P. II. Deciſ.* 364. *n.* 6 CARPZOV. *l. III. reſp.* 57. *n.* 12. *ſeqq.* BESOLD. *Conſ.* 261. *n.* 6. GAIL. *II. Obſ.* 94. *n.* 1. VVLTEI. *Conſ. Marpurg.* 15. *n.* 28. BENCKENDORFF. *ad Seraphinum de priuil. iuram. priuil.* 33. *n.* 104. Principalis ſine dubio ratio petitur ex *ratione ſacramenti et conſcientiæ*, quam in his conſiderandam eſſe volunt. Verum ipſa æquiparatio cum *criminalibus* cum grano ſalis eſt accipienda, et potius *ſecundum quid* intelligenda, quod iam obſeruauit BERGER *in Elect. proceſſ. Matrim. p.* 304. Obſeruaui enim, hanc comparationem a pluribus adeo extendi, vt in omnibus fere argumenta a criminalibus trahantur, vnde plures errores in praxi natæ ſunt, prout infra ſpecialius oſtendendum erit.

2) *Cauſſæ matrimoniales.*

§. XVIII. Accenſent porro 3) cauſſis arduis *famoſas*, in quibus agitur de cauſſa *exiſtimationis et infamiæ*, cum fama vitæ æquiparari ſoleat, *l. iuſta 9. D. de manumiſſ. vindict.* et cauſſa infamiæ quauis cauſſa pecuniaria præferatur. *l.* 104. *D. h. t.* In ore vtplurimum habent illud AVGVSTINI *in Serm.* 52. *ad fratr. in erem. qui conſcientiæ ſuæ fidens, negligit famam, crudelis eſt*, quod tamen cum grano ſalis accipiendum, ne quis, vbi famam ſeu exſtimationem bonam conſeruare poteſt, illam temere negligat. Nolo hic congerere encomia, quæ Ethnico more, ſine iuiudicio, a Dd. *famæ* tribui ſolent, cum vtique priuatio eius graue admodum detrimentum inuoluat, interim tamen non vbi-

3) *Famoſæ et honoris.*

 que

que et ſemper *vitæ* comparari debeat. *Vitam ciuilem* eam recte nominaueris, quoniam tot *effectus ciuiles* producit, quibus priuatur, qui infamia afficitur, adeoque grauiſſimo admodum præiudicio laborat, vt recte cauſſa eius *ardua* cenſeatur. MARTINI *in Proceſſ. Iur. Saxon. Tit.* 30. *n.* 38. ZANGER. *de except. n.* 53. FARINACIVS *de teſtib. qu.* 54. *n.* 114. HARPRECHT. *Conſ.* 75. *n.* 532. *ſeqq.* BERLICH. *cit. l. n.* 17.

4) Eccleſiaſtica.

§. XIX. Immo 4) in genere cauſſas *eccleſiaſticas*, *beneficiales*, *Monachaleſque* huc referre ſolent BERLICH. *c. l. n.* 28. FABER. *in C. lib. IV. Tit. I. def.* 44. ideo quod ſpectent ad *ius publicum*, nec ſubſint priuatorum arbitrio. CARPZOV. *l. II. Iurispr. Conſiſt. def.* 1. *n.* 3. Equidem comparatiue loquendo cauſſæ eccleſiaſticæ maiores eſſe cenſentur *ciuilibus*, ideo quod obiectum nobilius habere dicantur, interim tamen ſicuti quod arduum eſt, ſuos gradus habet, ita quoque cauſſæ eccleſiaſticæ aliæ aliis maiores cenſentur, ita vt quædam ſpeciatim referri ſoleant, quæ *maioribus cauſſis* ſingulariter aſſignentur, relatæ a GONZALEZIO *ad c.* 59. *X. de appell. n.* 9. de quibus cum ex inſtituto *capite III.* agendum ſit, plura hic addere nolo.

5) Feudales.

§. XX. Porro 5) *feudales*, neſcio quo fato, *arduis* adſcribi ſolent. SICHARDVS *ad l.* 3. *C. de reb. cred. n.* 10. BERLICH. *cit. l n.* 30. SERAPHIN. de SERAPHIN. *de priuil. iuram. priuil.* 33. *n.* 126. SCHRADER. *de feud. P.* 10. *Sect.* 16. *n.* 66. *ſqq.* ROSENTHAL. *de feud. c. XII. concl.* 9. *n.* 12. *et in not. lit. n. et o.* adeo vt criminalibus eas comparare non vereantur. ROSENTHAL. *cit. l.* Quidam tamen hoc reſtringunt ad caſum priuationis feudorum, quæ cauſſis maioribus ob inſigne *præiudicium* accenſeri poteſt. BENCKENDORF. *ad Seraphin. de priuil. iuram. priuil.* 33. *n.* 113. Hoc ſi verum eſt, cauſſæ feudales in ſe huc referri ne-

nequeunt, præſertim cum feuda non ſint vnius eiuſdemque naturæ, quod ſpecialius *c. IV.* examinandum erit.

§. XXI. Magis 6) cauſſis arduis accenſeri queunt *cauſſæ* 6) *Status et*
ſtatus et fiſcales. MVLLER *ad Struu. Ex.* 17. §. 43. *lit. n.* ZANGER. *fiſcales.*
de Except. c. 1. *P. I. n.* 53. BERLICH. *cit. l. n.* 27. MANZIVS *cit. l.* Cauſſæ *ſtatus* enim, quæ *libertatem*, *ingenuitatem* vel *ius familiæ* concernunt, ingens præiudicium inuoluunt, cum a ſtatu perſonæ tot iurium diuerſitas dependeat, adeo vt olim etiam peculiarem iudicem habuerint, et cauſſis *matrimonialibus* ac *criminalibus* æquiparatæ ſint in *c. pen. X. de in integr. reſtit.* DOMINICVS GALESIVS *de reſtit. in integr. ad cit. c. n.* 7. *p.* 66. *et n.* 29. *p.* 68. ODDVS *de reſtit. in integr. P. I. qu.* 30. *art.* 17. *n.* 81. *et* 87. Inde etiam *maiores* iudices requirebant, vt nec arbiter de iis ſententiam ferre poſſet. *l.* 32. §. 7. *D. de recept. qui arbitr.* Idem de *cauſſis fiſcalibus* dicendum, quæ itidem *maiores iudices* habebant *tit. C. vbi cauſ. fiſcal.* et in quibus *vtilitas publica* ſimul verſatur *l.* 3. *C. de princip. XII.* Verum de *cauſſis publicis cap. vlt.* peculiariter agendum erit.

§. XXII. Tandem 7) *ardua cauſſa* cenſetur, in qua de 7) *De vniuer-*
vniuerſa ſubſtantia vel *maxima bonorum parte* contenditur, cum *ſa ſubſtantia.*
in bonorum iactura communiter extremum collocari ſoleat malum. MENOCH. *lib. II. arb. iud. quæſt. caſ.* 110. *n.* 5. ODDVS *c. l. n.* 84. ZANGER. *de except. c. l. P. I. n.* 53. REYGER. *in Theſaur. voc. arduitas n.* 8. Metiuntur plerique *beatitudinem ciuilem* ex quieta bonorum poſſeſſione et copia, adeo vt ICtus crediderit, bona exinde dicta fuiſſe, quod *beent*, i. e. beatos faciant, *l.* 49. *D. de V. S.* quod pluribus illuſtrat TIRAQVELLVS *ad l. ſi vnquam voce Bona C. de reuoc. donat. n.* 1. *ſqq.* E contrario miſeros appellant, qui ſunt pauperes, omnibus ſpoliati di-

uitiis; *miſerum* eſt, ait CICERO *Orat. pro P. Quintio in f. exturbari fortunis omnibus - - - calamitoſum eſt bonis euerti - - - luctuoſum eſt, tradi alteri cum bonis;* Inde *inimicitiæ capitalis* æſtimantur ex lite de omnibus vel maxima parte bonorum, *l. 21. pr. de excuſ. tutor.* quia homines τὰ ἐπίγεια amantes non poſſunt non acerbo affici dolore, ſi id, in quo beatitudinem ſuam quærunt, in diſcrimen præſentiſſimum vocatum vident. Inde *præiudicii ſummi* ratio quæritur, et inde qualitas *cauſſæ*, quod *ardua* ſit, petenda. Quamuis vero in ſenſu morali, hæc *beatitudo*, quæ in poſſeſſione ampliſſimorum fundorum quæritur, admodum vana ſit, *ciuiliter* tamen eam in foro magis ex communi hominum ſenſu æſtimare debemus, cui leges ſe accommodare ſolent.

8) *Intricatæ et inuolutæ.*

§. XXIII. Vlterius 8) arduam dicunt cauſſam, quæ eſt *intricata* et *inuoluta*, vt cenſuit cum INNOCENTIO ODDVS *cit. l. n. 85.* Equidem *arduum* ſæpe id dicitur, quod eſt *difficile*, vel prout ait A. GELLIVS *l. IV. Noct. Att. c. 15.* quod eſt *difficile, moleſtum et intricabile*, et eo ſenſu vtique admitto cauſſas multis dubiis inuolutas eſſe arduas; aſt eo in ſenſu de *arduis* non agimus cauſſis, ſed eas tantum ex *præiudicio*, quod inde naſcitur, metimur. Vnde poteſt cauſſa præiudicii leuiſſimi eſſe dubiis expoſita multis, et contra magni præiudicii expeditior eſſe. Diſputatur ſæpe de lana caprina magno cum feruore, cum in vtramque partem dubia magni momenti moueantur, qualia olim inter PROTAGORAM præceptorem et EVATHLVM diſcipulum interuenire credebantur, vt nec Areopagitæ illa reſoluere auderent, quamuis eam quæſtionem non adeo intricatam fuiſſe crediderim. Nihilominus tamen ita Iudices cenſuerunt, vt refert A. GELLIVS *in N. A. lib. V. c. 10.* et, *tum iudices*, ait,

du-

dubioſum hoc inexplicabileque eſſe, quod vtrinque dicebatur, rati, ne ſententia ſua, vtramcunque in partem dicta eſſet, ipſa ſeſe reſcinderet, rem iniudicatam reliquerunt, cauſſamque in diem longiſſimam diſtulerunt. Facillime autem hunc nodum ſolui potuiſſe, docet PVFENDORF. *l. V. Iur. Nat. et G. c. 12. §. 19.*

Regulæ de cauſſis arduis in compendio referuntur.

§. XXIV. Vt vero ea, quæ circa cauſſas *arduas et maiores* conſtituta ſunt iura peculiaria, eo rectius intelligi et examini ſubiici poſſint, præmittam quaſdam regulas generales, quas Dd. vtplurimum in *cauſſis arduis* in ore habere ſolent, et inquiram, quem vſum in *ciuilibus, eccleſiaſticis, feudalibus publicisque negotiis* habeant, et an re vera fundatæ ſint? Sunt autem regulæ præcipue ſequentes: 1) *Cauſſæ maiores magnos requirunt iudices.* 2) *Cauſſæ arduæ requirunt probationem luce meridiana clariorem, nec iuramentum ſuppletorium admittunt.* 3) *In cauſſis arduis eo cautius procedendum, quo maius in eis vertitur præiudicium.* 4) *In cauſſis arduis cenſetur electa perſonæ induſtria.* 5) *Cauſſa minor non facit præiudicium maiori.* 6) *In cauſſa ardua impeditus non tenetur mittere procuratorem.* 7) *Maior gradus culpæ præſtandus in negotiis arduis.* 8) *In cauſſis ciuilibus arduis ad torturam deueniri poteſt.* 9) *Sub conceſſione generali non cenſentur comprehendi ardua.* 10) *Ardua ſpeciale mandatum deſiderant.* 11) *In arduis cauſſis facilius ſubueniendum nec apicibus iuris inhærendum eſt.* Denique 12) *in arduis cauſſis multa contra ordinariam iuris rationem fieri et decerni poſſunt.* Fluunt regulæ pleræque ex *natura rei*, cui leges ſeſe accommodarunt, adeoque id vnice in ſequentibus agendum erit, vt exemplis idoneis illuſtrentur et exornentur.

CAP.

CAPVT II.

DE

CAVSSIS CIVILIBVS ARDVIS ET MAIORIBVS.

ARGVMENTVM.

§. I. II. Cauſſæ maiores magnos requirunt iudices. III. Differentia magiſtratuum maiorum et minorum in republ. Rom. libera, IV. et ſub Caeſaribus. V. VI. Cauſſæ maiores ad magiſtratus maiores pertinebant. VII. Applicatio huius doctrinæ ad fora Germaniæ. VIII. An cauſſæ arduæ a iudice ſuperiori auocari queant? IX. Nonnumquam cauſſis arduis ſpeciales iudices dati ſunt. X. XI. Cauſſæ arduæ publici præiudicii maiorem deſiderant probationem: XII. In cauſſis arduis priuatis locus eſt iurisiurandi delationi, XIII. nec non ſuppletorio. XIV. Circumſpecta procedendi ratio in cauſſis arduis, XV. præſertim in criminalibus. XVI. In illis perſonæ induſtria electa intelligitur. XVII. Vnde Delegatis ſubdelegandi poteſtas negatur. XVIII. Cauſſa minor non facit præiudicium maiori. XIX. XX. Iudex cauſſæ maioris minorem incidentem decidere poteſt. XXI. Ad cauſſam arduam procuratori committendam nemo cogi poteſt. XXII. Maior culpæ gradus in illis præſtandus. XXIII. An in cauſſis arduis ciuilibus torturæ locus ſit? XXIV. An ſpeciale Mandatum deſiderent? XXV. In illis facilius ſubueniendum, XXVI. et facilius ab ordinaria iuris ratione recedi poteſt.

§. I.

Connexio. Exædificandum iam hoc et ſequentibus capitibus id opus eſt, quod inſtitui, et quæ coarctaui et peranguſte expoſui in §. *vlt. cap. anteced.* dilatanda et explicanda ſunt. Hoc quidem capite vſum regularum adductarum *in negotiis priuatis* mere *ciuilibus* examinabo, quatenus vero cauſſis *eccleſiaſticis*, *feudalibus* et *publicis* applicari queant, ſeorſim deinceps oſtendam.

§. II.

§. II. Prima regula eſt: CAVSSAE MAIORES MAGNOS REQVIRVNT IVDICES, quam deducunt ex *L. 32. §. 7. D. de receptis, qui arbit. recep. l. f. C. vbi cauſ. ſtat. l. 2. in f. et l. f. C. de iudic. pedan. l. 6. C. de reb. cred. Nov. 82. c. 1. et c. 8.* quorſum etiam Pontifex collineat *in c. 59. in f. de appell. et c. 3. X. de baptiſm.* et Dd. quoque reſpiciunt GAIL. *P. I. Obſ. 1. n. 32. et Obſ. 29. n. 2.* COTHMAN. *Vol. I. reſp. 15. n. 7. Vol. II. reſp. 93. n. 9. Vol. V. reſp. 1. n. 5.* VVLTEIVS *Vol. III. Conſ. Marpurg. 34. n. 7.* Regula hæc in iure Romano ſatis fundata eſt, ſed quem ſenſum genuinum habeat, ex antiquitatibus Romanis eruendum, vt de applicatione ad fora noſtra eo rectius iudicium ferri queat. Neque enim de vſu regulæ iudicari poteſt, niſi eius genuina ratio euoluta fuerit; hæc vero non aliunde quam ex antiquitatibus colligi poteſt. Hoc obiter contra illos monendum eſſe puto, qui ſpreto antiquo iure, quaſi otioſo, res explicant, quo ipſo in applicatione neceſſario errare coguntur, quia verum rei ſenſum non habent.

Prima regula: Cauſſae maiores magnos requirunt iudices.

§. III. Erant in Romana republica antiquitus, antequam libertate ſua priuata eſſet, duo magiſtratuum genera, *maiorum* et *minorum.* *MAIORES* dicebantur, qui *comitiis centuriatis creabantur,* quales erant conſules, prætores, cenſores, neque tamen omnium inter ſe eadem aut eiuſdem poteſtatis, nam *imperium minus* habebat prætor, *maius* conſul. *MINORES* erant, *qui tributis comitiis creabantur, et quorum minora erant auſpicia.* Illis poteſtas *maior*, his *minor* erat, illis grauiora et maiora, his minora concredita erant negotia, vt plenius oſtendit A. GELLIVS *in N. A. lib. XIII. c. 14.* Auguſtior credebatur poteſtas magiſtratuum, ſi auſpicato crearentur, adeo vt *plebeii magiſtratus* minores ideo cenſerentur, quod non eſſent *auſpicato* crea-

In republica libera erant magiſtratus maiores et minores.

ti. Docet hoc APPIVS apud LIVIVM *lib. VI. c. 41. Penes quos ſunt auſpicia more maiorum? nempe penes patres. Nam plebeius quidem magiſtratus nullus auſpicato creatur: nobis adeo propria ſunt auſpicia.* conf. SAMVEL PITISCVS *in Lex. antiq. Rom.* voc. *magiſtratus maiores et minores.* Atque hæc quidem erat ratio magiſtratuum *maiorum* et *minorum,* ſtante Republ. adeoque inde facile liquet, quem ſenſum eo tempore regula adducta habuerit.

Alia ratio magiſtratuum maiorum et minorum inualuit ſub Cæſaribus.

§. IV. Sub Imperatoribus, abolito auſpiciorum et comitiorum iure, ratio magiſtratuum quodammodo immutata eſt, et ipſa quoque differentia inter *maiores* et *minores* paullo aliter efformari cœpit. *MAIORES* quippe dicebantur, *qui habebant auguſtiorem et pleniorem iubendi, imperandi et cognoſcendi poteſtatem,* quæ κατ' ἐξοχὴν ſæpe *imperium* dicitur: *MINORES* vero erant, *qui reſtrictam et minorem habebant poteſtatem de cauſſis leuioribus de ſimplici cognoſcendi,* quæ nonnunquam *Iuriſdictionis* ſimpliciter poſitæ appellatione venit, quæque *magiſtratibus municipalibus* tribuitur. Quando ergo diſtinguuntur in iure *iuriſdictio ſimplex* et *imperium,* indigitatur, qualis poteſtas magiſtratibus *maioribus* et *minoribus* competierit. Collineat huc *L. 4. D. de iuriſd.* his verbis: *Iubere caueri prætoria ſtipulatione et in poſſeſſionem mittere, imperii magis eſt,* (et ita ad *maiores* pertinet) *quam iuriſdictionis,* (quia *minoribus* denegatur.) Nam diſerte PAVLVS *in l. 26. pr. ad municipal.* ait: *ea, quæ magis imperii ſunt, quam iuriſdictionis, magiſtratus municipalis facere non poteſt.* Quæ autem his denegata fuerint, ſtatim ſubiungit ICtus: Scilicet *reſtituere in integrum aut bona rei ſeruandæ cauſſa iubere poſſidere, aut dotis ſeruandæ cauſſa, vel legatorum ſeruandorum cauſſa.* Quandoque tamen, ſi dilatio peri-

periculoſa eſſe videbatur, vt *magiſtratuum maiorum* non poſſet exſpectari cognitio, magiſtratibus municipalibus præſides hanc cauſſam delegabant. *l. 1. et 4. §. 4. D. de damn. inf.* Proinde cauſſæ *maiores* et *minores* non tam ex graui præiudicio, quam potius ex iuriſdictionis et cognitionis diuerſitate diſtinguebantur. Præterea etiam *minorum magiſtratuum* ſeu *municipalium* admodum reſtricta erat iuriſdictio, et de leuioribus etiam controuerſiis ius dicebant, adeo vt illis certa ſumma eſſet præfinita, vſque ad quam iudicare poſſent, teſte PAVLO *lib. V. ſentent. tit. 5.* et in *l. 28. D. ad Municip.* quin quod non aliter hæ cauſſæ ad eorum cognitionem ſpectarent, quam ſi *de plano* expediri poſſent: ſi cauſſæ cognitionem vberiorem deſiderabant, *pro tribunali* erant peragendæ, et ſic ad magiſtratus maiores referendæ. *l. 105. de R. I. l. 4. §. 4. de damn. infect. l. 1. §. 11. ad SCt. Turpill.* GERARD NOODT *lib. I. de iuriſd. c. 3.* Hoc ſenſu magiſtratus municipales ſeu minores PAVLO *in l. 38. §. 10. de pœnis* dicuntur *iudices pedanei*, qui tamen conſentientibus partibus *de re maiori* iudicare poterant *l. 28. D. ad municip.* Vnde tutorem dare non poterant, niſi *paruæ* eſſent pupillorum facultates. Et ita rurſus liquet, quem vſum et ſenſum olim regula adducta habuerit, vbi *cauſſæ maiores* et *minores* potiſſimum ratione *poteſtatis* et *iuriſdictionis*, cui ſuberant, diſtinguebantur.

De maioribus cauſſis etiam ipſi magiſtratus, de humilioribus iudices pedanei iudicabant.

§. V. Præterea conſtat de quibuſdam cauſſis Prætorem ipſum aliumue magiſtratum maiorem cognouiſſe, de quibuſdam *iudicem pedaneum* dediſſe, indeque rurſus *digniores maioresque* cauſſas habitas fuiſſe, de quibus ipſi magiſtratus, quam iudices pedanei, iudicarent. Quando de *iure* ſeu *de æquo et bono* primario certabatur, prætoris erat cognitio: ſi *de facto* prin-

principaliter cognoſcendum erat, iudex pedaneus dabatur, inde *quæſtiones iuris* ad *maiores*, ſed *facti* ad *minores* cauſſas referebantur, quod paucis ex TVLLIO illuſtrandum. Ait Orator ſummus *libr. I. de Orat. c. XI. Nam volitare in foro, hærere in iure ac prætorum tribunalibus, iudicia priuata magnarum rerum obire, in quibus ſæpe non de facto* (quod iudicibus pedaneis committebatur) *ſed de æquitate et iure certetur, iactare ſe in cauſſis centumuiralibus* (quæ rurſus maiores cenſebantur et cognitioni prætoriæ reſeruatæ erant, quia centumuiri prætori in conſilio aſſidebant v. NOODT *de iuriſdictione lib. I. cap. 8.*) *in quibus vſucapionum, tutorum, gentilitatum, agnationum, alluuionum, ſuperluuionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, ſtillicidiorum, teſtamentorum ruptorum aut raſorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura verſentur, cum omnino quid ſuum, quid aliorum, quare denique ciuis an peregrinus, ſeruus an liber quiſpiam ſit, ignoret, inſignis eſt inpudentiæ.* Cum enim ſæpe de *iure ciuili* intricatæ quæſtiones inciderent, harum diciſiones ſuæ reſeruabat cognitioni prætor, vtpote maioris momenti, et quamuis non ſemper et vbique magni præiudicii eſſe viderentur, ob cognitionem tamen prætoris, cui *Maieſtas imperii* tributa erat *l. pen. in fin. de I. et I. l. 9. D. de iuriſd.* maiores eſſe videbantur. Inde pergit CICERO *cit. l. Quid ſi ne paruæ quidem cauſſæ ſint, ſed ſæpe maximæ, in quibus diſceptatur de iure ciuili?* Id quod hoc exemplo declarat: *Quæ potuit igitur cauſſa eſſe maior, quam illius militis, de cuius morte cum domum falſus ab exercitu nuntius veniſſet, et pater eius, re credita, teſtamentum mutaſſet, et quem ei viſum eſſet, feciſſet heredem, eſſetque ipſe mortuus: res delata eſt ad centumuiros, cum miles domum reueniſſet, egiſſetque lege in hereditatem paternam, teſtamento*

mento exheres (præteritus) *filius. Nempe in ea cauſſa quæſitum eſt de iure ciuili, poſſetne bonorum paternorum exheres eſſe filius, quem pater teſtamento neque heredem neque exheredem ſcripſiſſet nominatim.* Aliis ſubinde exemplis id declarat, docetque centumuirali iudicio primario *de iure* certatum eſſe, et tandem addit: *Quam poſſumus reperire ex omnibus rebus ciuilibus cauſſam contentionemque maiorem, quam de ordine, de ciuitate, de libertate, de capite hominis conſularis, præſertim cum hæc non in crimine aliquo* (h. e. facto) *quod ille poſſet inficiari, ſed in ciuili iure conſiſteret?* Denique hoc nouum addit exemplum: *Quid quod vſu, memoria patrum, venit, vt paterfamilias, qui ex Hiſpania Romam veniſſet, cum vxorem prægnantem in prouincia reliquiſſet, Romæque alteram duxiſſet, neque nuntium priori remiſiſſet, mortuusque eſſet inteſtato, et ex vtraque filius natus eſſet, mediocriſne res in controuerſiam, adducta eſt?* Laxarunt poſtea Præſidum poteſtatem Imperatores *in l. 2. C. de iudic. pedan.* permiſeruntque præſidibus, etiam de his cauſſis, in quibus antea pedaneos iudices dare debebant, notionis *ſuæ* examen adhibere, ſi per occupationes publicas id fieri poſſet, quo ipſo factum eſt, vt negotio leuiora tantum ad iudices pedaneos remiſerint, quod colligo ex *l. f. C. de iudic. pedan.* cuius verba ſunt hæc: *quædam ſunt negotia, in quibus ſuperfluum eſt moderatorem exſpectare prouinciæ, ideoque pedaneos iudices* (*h. e.* QVI NEGOTIA HVMILIORA *diſcernebant*) *conſtituendi damus Præſidibus poteſtatem.* Definita poſtea ſunt ab ipſis Imperatoribus, vti conſtat ex *Nou. 82. c. 2.* quo ipſo quodammodo *iuriſdictionem ordinariam* in *cauſſis leuioribus* acceperunt, quales dicebantur, qui *trecentorum ſolidorum* non ſuperabant quantitatem, *Nou. 82. c. 2.* Et inde rurſus regula formata eſt, *minores cauſſas*

 poſſe

poſſe a iudicibus minoribus, *maiores* autem tantum a maioribus iudicari.

Senſus regulæ de iure Romano duplex.

§. VI. Quæ cum ita ſint, ſenſus regulæ adductæ duplex eſſe poteſt: (1) *Cauſſas maioris momenti deſiderare iudices maiores, quales erant Præſides prouinciarum, nec eas poſſe a magiſtratu municipali expediri.* (2) *Iudices pedaneos tantum de negotiis humilioribus et leuioribus per conſtitutiones Imperatorum iudicare, non vero de illis, quæ trecentorum ſolidorum quantitatem excedebant.* Sic *cauſſæ ſtatus*, ſi de ingenuitate, libertinitate, et libertate agebatur, erant magni præiudicii, adeoque in *l. 6. C. vbi cauſſa ſtat. agi deb.* cautum, eas tantum apud *competentes maximos iudices* examinandas eſſe. Hinc in vrbe de iis cognoſcebant Conſules *l. 27. D. de liberali cauſſa*, Prætores liberales, *l. 36. §. f. de fideic. libert.* in prouinciis præſides, *l. f. C. vbi cauſſ. ſtat. l. 2. C. de iudic. pedan.* vel aliquando rationalis, *l. pen. C. vbi cauſſ. ſtat.* adeo vt hæc cauſſa iudicibus pedaneis delegari haud potuerit etiam tum, cum Præſides litium multitudo aut publicæ occupationes diſtraherent, *l. 2. C. de iudic. pedan. in f.* NOODT *de iuriſd. lib. I. c. 7.* etſi antea forſan aliud obtinuerit, ſi de ſola *facti quæſtione* lis mota fuiſſet, *l. 1. C. de ordin. iudic.* quod eleganter illuſtrat decus Belgii GERARDVS NOODT *cit. l. c. 9.* Ex eadem cauſſa, ſi compromiſſum *de liberali cauſſa* factum erat, non compellebatur arbiter ſententiam dicere, quia, ait ICtus in *l. 32. §. 7. D. de recept. qui arbitr. recep. fauor libertatis eſt, vt maiores iudices habere debeat*, vel vt CICERO *lib. I. de orat. c. XI.* ait: *Quid? de libertate, quo iudicium grauius nullum eſſe poteſt.* Et rurſus: *Quam poſſumus reperire ex omnibus rebus ciuilibus cauſſam contentionemque maiorem, quam de ordine, de ciuitate, de libertate etc.* Idem etiam in *cit. l. 32. §. 7. in f.* extenditur ad *cauſſas populares*, vtpote

vtpote quibus actor non ius priuatum, ſed *populi* tuetur, *l. 1. de popul. iudic.* et ita ad *priuatos arbitros* non pertinebant. Habuere etiam cauſſæ *fiſcales* proprium magiſtratum, *rationalem* ſcilicet, *l. 5. C. vbi cauſſ. fiſcal.* adeoque alii iudices hic incompetentes erant.

§. VII. Verum forma iuriſdictionis hodie admodum mutata eſt, teſte ipſo MEVIO *P. 4. dec. 90.* adeoque quæ hactenus ex iure Romano adducta ſunt, applicari vix poſſunt. Eſt hodie *iuriſdictio alta* vel *baſſa*, ſeu *ſuperior* vel *inferior*: ad hanc ſpectant omnes cauſſæ *ciuiles*, ſine diſtinctione, vtrum *ardua* an *leuis momenti* ſint? quoad *crimina* diſtinguitur, vtrum ſint *leuiora*, an *maiora*: illa ad *inferiorem*, hæc ad *ſuperiorem* ſpectant. Leuiora delicta cenſentur vtplurimum, Haarraufen, Schläge, die nicht tödtlich ſind, noch Lämbde bringen, daraus auch keine Wunde wird, wenn ſie gleich zerſchwollen, auch braun und blau, Naſebluten, Maulſchellen, Zähne bluten, ſo die nicht wackeln, auch andere Blutrünſten mit Nägeln gekratzt, oder ſonſten verletzet, daraus keine Fährlichkeit des Todes, Lämbde, Fleiſch, Kampfer noch öffentliche Wunden entſtehen, ſchlechte Lügen-Strafen, ſchlechte Schmähworte, die nicht an freyen Orten, oder hohen befreyten Perſonen geſchehen, und peinlich nicht geklaget werden, unzüchtig muthwillig Geſchrey, Meſſerzüge, wenn niemand dadurch beſchädigt wird, Meſſer, Armbruſt, Schwerdt oder andere verborgene Waffen tragen, in einer Stadt oder auf einem Dorfe verbotene Waare feil haben, verbotene Spiele ſpielen, einen der groſſe und ſchwere Brüche, Uebelthat und Mißhandlung gethan, zu dem Ende gefänglich ſetzen, und halten, auf daß er ihn demjenigen, welchem das Ober- und Halß-Gerichte zuſtändig, überantworten möge, da einer den Gerichten unge-

Mutata hodie iuriſdictionis forma regula vix amplius vſum habet.

ungehorſam wird, oder daſelbſt etwas bewilliget, und ſolchem nicht nachkommt, Diebſtahl unter 3. Schill. ſchlechte Hurerey, wenn beyde Perſonen, ſo dieſelbe begangen, nachmahls einander ehlichen, oder auch Braut und Bräutigam vor der Prieſterlichen Copulation ſich zuſammen finden. CARPZ. *prax. crim. qu.* 109. *n.* 33. Delicta *maiora* et *grauiora* IDEM refert pleniſſime *cit. l. n.* 31. Quamuis vero in *criminalibus* diſtinctio inter *maiora* et *minora* delicta obtineat, ipſi tamen judices in *ſenſu iuris Romani*, propterea diuidi in *maiores* et *minores* nequeunt. Eſt hæc diſtinctio, quam adduxi, iuris Germanici, nec vllam cum foro Romano conuenientiam habet. Equidem *ab ipſa iuriſdictionis* ſpecie dicuntur vulgo iudices *ſuperiores* et *inferiores*, CARPZOVIO *cit. l. n.* 44. 45. 55. *ſqq.* teſte. Sed rurſus non eo in ſenſu, quod alter alteri ſubiectus ſit, vti iure Romano *iudices pedanei* et *municipales magiſtratus* a magiſtratibus dependebant, ſed a ſpecie *iuriſdictionis*, qua a Principe inueſtiti ſunt. Immo quamuis alio ſenſu magiſtratus hodie ſint vel *inferiores*, qui ſuperiori magiſtratui ſubſunt, ad quem appellari queat, vel *ſuperiores*, qui ſupremo tribunali præſunt, rurſus tamen regula hic applicari nequit. Obſtat *priuilegium primæ inſtantiæ*, vt in cauſſis, etiam maxime *arduis* et *maioribus*, neutiquam iudicia inferiora præteriri queant.

Quinam hodie dicuntur ſuperiores et inferiores magiſtratus?

An cauſſæ arduæ hodie a ſuperiori iudice auocari queant.

§. VIII. Hæc omnia adeo vera ſunt, vt ne quidem iudex *ſuperior* ab *inferiore* cauſſam auocare poſſit, ex hac cauſſa, quod ſit *ardua et magni momenti*, cum auocatio hæc regulariter ſit prohibita. MEV. *P.* 2. *dec.* 134. *n.* 2. IO. KOEPPEN *P.* 2. *dec.* 4. *n.* 6. et non niſi ex iuſtis cauſſis, a lege determinatis, fieri queat. Hoc concedo, Principem ipſum facilius cauſſas auocare poſſe, maxime ſi ſit *magna, ponderoſa et vrgens* MEV. *conſ.*

conſ. 97. *n.* 42. et *conſ.* 100. *n.* 106. *ſq.* MYLER. ab EHRENBACH. *de Princ. et ſtat. Imper. c.* 43. Sicuti enim *iuriſdictio inferiorum* magiſtratuum a Principe dependet, ita quoque modum iis præſcribere, et quæ maiorem deliberationem requirere videntur, quæque ſalutis reipubl. rationem intime tangunt, ad ſe trahere poteſt, id quod *ratio publica* deſiderat. Id ipſum prudenter MOISIS obſeruauit, dux populi Iudaici, qui conſtituebat quidem iudices magiſtratusque ad deciſiones controuerſiarum, ſed *grauiores* ſibi reſeruabat. *Quodſi*, ait, *difficile vobis aliquid viſum fuerit, referte ad me, et ego audiam. Deut.* I, 17. De Ruthenis COCCEIVS SABELLIVS *Ennead. X. lib.* 4. *tom.* 2. idem obſeruat, et, *iudicia*, ait, *exercent duodecim numero viri, vnus aliquis ex collegio cognoſcit cauſſam crimenue, id cognitum ad collegas defert, interdum et ad regem, ſi res eſt maioris ponderis, quam vt pro collegio vindicari poſſit.* Immo etiam ROMVLVS ſic res diſponebat, *vt de delictis grauiſſimis ipſe decerneret, leuiora permitteret ſenatoribus*, teſte DIONYSIO HALICARNASSAEO *lib. II.* quemadmodum olim apud Germanos de *minoribus rebus principes conſultabant, de maioribus omnes*, in concilio ſcilicet Principum, teſte TACITO *de morib. Germ. c.* 11. Quamuis ergo iuriſdictio in quibuſcunque cauſſis *generaliter* conceſſa fuerit inferiori magiſtratui, vel dicaſteriis, hoc tamen *ſaluo iure ſupremi Principis* cenſetur factum, vt *maioris momenti* auocari poſſit, quemadmodum id ſæpe ſibi Principes reſeruare expreſſe ſolent, vid. CARPZ. *lib.* 2. *reſp.* 20. *n.* 16. Interim tamen hoc non intelligendum in ſenſu iuris Romani, vt inferiores magiſtratus prorſus *inhabiles* ſint, etiam in cauſſis *maioribus* et *arduis* ſententiam ferre; nam in quibuſcunque cauſſis ſpeciatim non exceptis, cognoſcunt; ſed vt Princeps

 poſſit,

poſſit, ſi velit, cauſſarum arduarum deciſionem ad ſe trahere, quamdiu autem hoc non eſt factum, inferioribus dicaſteriis ius ſit, illas quoque decidendi. Hoc ſenſu ergo admitto regulam, quod *maiores cauſſæ deſiderent maximos iudices, vt Princeps, ſi velit, eas a iudice inferiore auocare queat.*

An vſus regulæ ſit, vbi cauſſis arduis ſpeciales iudices dati.

§. IX. Interim quibuſdam in locis ſpeciatim non nullis cauſſis ſpeciales dati ſunt iudices, vel quod ſint *ardua*, vel etiam ob aliam cauſſam, id quod vbi factum fuerit, ex qualitate ipſius cauſſæ æſtimandum, in quo iudicio cauſſa peragenda ſit. Sed hoc rurſus non ex regula iuris Romani dependet, ſed ſpeciali diſpoſitioni Principis tribuendum eſt, qui iuriſdictionem ſingulorum magiſtratuum poteſt determinare, reſtringere, et ampliare. Sic cauſſæ fiſcales olim habebant peculiarem iudicem, et hodie quoque alibi coram fiſcali, alibi coram regimine Prouinciæ expediuntur; vnde quæſtio enaſcitur, *an, ſi cauſſa quædam ciuilis coram inferiore iudice pendet, cui fiſcus pro ſuo intereſſe interuenit, cauſſa ipſa ad iudicem fiſci competentem, tanquam maiorem, trahi queat ob intereſſe fiſci?* quod affirmat MEV. *P.* 4. *dec.* 185. Quamuis enim interueniens regulariter alligetur foro, vbi cauſſa ab aliis agitata cœpta eſt, FRIDERVS *lib. III de contin. cauſſ. c.* 8. *n.* 11. hæc præuentio tamen fiſco non præiudicat, cui hoc priuilegium tributum eſt, cum iudex inferior de cauſſa fiſci, vtpote *maiori*, et quæ prius agenda eſt, per *l.* 35. *D. de iur. fiſci*, iudicare nequeat.

Regula II. Quod cauſſæ maiores requirant maiorem probationem.

§. X. Altera regula eſt, quod *CAVSSAE ARDVAE ET MAIORES REQVIRANT PROBATIONEM LVCE MERIDIANA CLARIOREM*, vt regulariter iuramento ſuppletorio in his locus eſſe nequeat. Habet probatio ſuos gradus, aliquando magis, aliquando minus perſuadet, inde

merito

merito *grauitas cauſſæ* grauiorem deſiderat probationem. Sunt autem cauſſæ arduæ vel *publici* vel *priuati præiudicii.* Ad illas refero *cauſſas criminales,* in quibus luce meridiana clarior probatio deſideratur, *l. f. C. de probat. l. 5. pr. de pœn. l. 14. C. de accuſat.* adeoque quamuis in cauſſis ciuilibus *confeſſio extraiudicialis* contra confitentem plene probet, vt conſtat ex *tit. de confeſſ.* in criminalibus tamen tantum indicium ad torturam facit per *art. 32. Conſt. crim. Carol.* nec ſemper teſtes, qui in ciuilibus idonei ſunt, in criminalibus etiam pro talibus habendi. *Grauiora enim,* ait ANTON. MATTHAEI *de crimin. lib. 48. tit. 15. c. 2. n. 1. criminalia iudicia ciuilibus ſunt, ideoque et teſtium maior delectus adhibendus eſt.* Itaque teſtes hic non ſunt omni exceptione maiores, niſi annum viceſimum exceſſerint, *l. 20. D. de teſtib.* quamuis in *ciuilibus* etiam puberes idonei eſſe queant. *l. 3. §. 5. eod.* Porro, qui iudicio publico reus eſt, in criminalibus teſtis non eſt idoneus, quamuis in ciuilibus non aliter repellatur, niſi de crimine condemnatus, vel in vinculis cuſtodiaque publica ſit. *cit. ll.* Aſt hoc diſcrimen ius Canonicum ſuſtulit, ſecundum quod etiam, qui in *ciuilibus* de crimine aliquo commiſſo conuinci poſſunt, inhabiles iudicantur, *c. 54. X. de teſtib. c. 1. X. de teſtib.* quo iure etiam hodie plerumque vtimur. conf. *ius eccleſ. Proteſt. lib. 2. tit. 20. §. 12.* Inhabilis eſt in criminalibus teſtis, qui antea in eum reum teſtimonium dixit, *l. 23. h. t.* quod ad cauſſas *ciuiles* applicari nequit, vt recte cenſuere BRVNNEMANN. ad *cit. l. n. 1.* et ANTON. MATTHAEI *cit. l. n. 3.* Plures alias differentias inter cauſſas *ciuiles* et *criminales* adducit MATTHAEI *cit. l.* quæ vnice inde dependent, quod in hac grauiſſima cauſſa grauior quoque probatio deſideretur. In *delictis leuioribus,*

Maxime ſi publici ſunt præiudicii.

quæ ciuilibus hunc in finem comparantur, hic ſpecialis delectus non adeo attenditur, immo quamuis teſtes producti non ſint ſatis habiles ad reum condemnandum, poſſunt tamen reum grauare ad torturam.

Plures aliæ concluſiones ex hac regula adducuntur.

§. XI. Porro quamuis in *ciuilibus* aliquando vnus teſtis plene probare poſſit, de quo vid. HORN. diſſ. *de vno teſte plene prob*, in criminalibus tamen tantum facit indicium ad torturam, non plene probat, CARPZ. in *pr. crimin. qu.* 114. *n.* 46. niſi de crimine leuiori agatur, ac cum vnico teſte quædam aliæ præſumtiones concurrant. IDEM *cit. l. n.* 52. Præſumtiones grauiores in cauſſis ciuilibus quandoque plene probant, ſed in criminalibus nullo modo, ſi de crimine grauiori agitur, per *art.* 22. *C. C. C.* BRVNNEMANNVS, GILCKENIVS et BARBOSA *ad cit. l. vlt. C. de probat.* Quamuis enim ex *l.* 34. *C. ad L. Iul. de adult.* contrarium colligendum eſſe videatur, id tamen maxime exorbitans eſt, et ad exceptionem pertinet. Immo hodie non tam ad *condemnationem*, quam potius ad *torturam* ſufficeret, vt recte cenſuit CLASENIVS *ad cit. art.* 22. In ciuilibus iuramentum teſtibus remitti poſſe ab eo, contra quem producuntur, expeditum eſt, vid. SETSER *de iuram. l. III. c* 9. *n.* 38. *ſqq.* ſed in criminalibus id fieri nequit. BRVNNEM. *de iur. eccleſ. lib* 3. *c.* 4. §. 13. MEVIVS *P. IV. deciſ.* 76. SCHILTER. *ex.* 49. §. 75. CARPZ. *cit. l. n.* 64. GRANZIVS *de defenſ. inquiſ. c.* 5. *m.* 2. *ſect* 3. *art.* 4. *n.* 449. ANTON. MATTHAEI *cit l. c.* 4. *n.* 8. Sic etiam in inquiſitione generali teſtes tantum ſummarie et ſine prævio iuramento deponunt, ſed poſt L. C. iuramento obſtringuntur, et denuo ad articulos probatoriales reſpondere iubentur, adeo vt non ſufficiat, antecedentem depoſitionem ſum-

ſummariam iuramento confirmare, *cum illud in cauſſa tam ardua et difficili admodum periculoſum ſit,* vt recte cenſet GRANZIVS *cit. l. n.* 450, praxinque contrariam iuri contrariam eſſe docet. Solent enim teſtes in ſummaria depoſitione ſæpe a via aberrare, veritatemque celare, quoniam iuramento haud ſunt obſtricti, qua de cauſſa in *nouiſſ. ordin. proceſſ. Magdeb. c.* 50. §. 3. hac de re ita cautum eſt: Als wir unterthänigſt berichtet worden, daß öfters die Special-Inquiſition auf unvereydeter Zeugen Außſage erkannt: alldieweil aber in denen Dingen, welche des Menſchen Ehr und Exiſtimation, ja Leib und Leben, betreffen, ehe nicht zu verfahren, es haben denn die Zeugen ihre Außage zum Grunde der Special-Inquiſition endlich beſtärket, maſſen denn in Bürgerlichen Sachen keinem Zeugen ohne Eyd geglaubet wird, die Erfahrung auch giebet, daß das ſummariſche Zeugniß bey hernachmahliger Vereydigung öfters reuociret, ſo ſollen in denen Fällen, da der Inquiſit in flagranti crimine nicht ergriffen, und die That ſonſten unzweifelhaft offenbahr, zweene unverwerfliche Zeugen die verübte Miſſethat zwar ſummariſch, jedoch vermittelſt Eydes bekräftigen. Denique *iuramentum* in ciuilibus alteri deferri poteſt, ſed non in criminalibus, quatenus ad pœnam corporis afflictiuam vel grauiorem agitur. CARPZ. *pr. crim. qu.* 95. *n.* 69. MARTINI *in proc. Saxon. lib.* 28. §. 1. *n.* 98. *ſqq.*

§. XII. Pergo ad *cauſſas maiores priuati præiudicii,* in quibus plura admitti poſſunt, quæ in *criminalibus,* vbi de *publico præiudicio* agitur, reiiciuntur. Non enim dubium eſt, quin aduerſarius poſſit teſtibus iuramentum remittere, quod quidem SETSERVS *cit. l. n.* 38. in quibuſcunque cauſſis arduis fieri non poſſe cenſet, ſed ſine ratione, cum nihil impediat,

Quid ſi cauſſæ maiores ſint priuati præiudicii?

 quo-

Digitized by Google

quominus quilibet ſibi etiam in *cauſſa ardua* praeiudicare poſſit, nec argumentum a cauſſis *criminalibus* ad quaſcunque alias cauſſas arduas trahi queat, quia in iis ſimul *publicum* occurrit *praeiudicium*, quod de quibuſcunque cauſſis arduis aſſeri nequit. Similiter in ceteris cauſſis *arduis priuati arbitrii* facilius iuramentum deferri poteſt. Inde dubitatum fuit, *an in cauſſis famoſis iuramenti delationi locus ſit?* Ratio dubitandi eſt, quod capitalibus aequiparentur, et grauiſſimi ſint praeiudicii, MODEST. PISTORIS *Vol. I. conſ.* 62. *n.* 13. COTHMANNVS *lib. II. reſp.* 82. *n.* 53. *et ſq.* vbi *n.* 56. haec addit: *Debet autem iudex non velut truncus aliquis, ſed tanquam vir bonus et rerum ac negotiorum peritus arbiter, conſiderata perſonarum qualitate, REI QVANTITATE, CONTROVERSIAE PONDERE ceteriſque conditionibus et circumſtantiis diligentiſſime excuſſis et perpenſis, iurisiurandi conditionem vel recipere vel reiicere.* Verum quamuis hoc admittam, ſi *criminaliter* agitur, aliud tamen dicendum eſſe arbitror, ſi tantum *ciuiliter* agitur, ob *praeiudicium priuatum*, quod in tali delatione iuramenti occurrit. Nullibi prohibita eſt tranſactio de *cauſſis arduis priuati praeiudicii*, ergo nec delatio iuramenti, quae illam re vera continet. *arg. l.* 31. *D. de iureiur.* Et huc collineant *l.* 5. §. 8. *l.* 11. §. 1. *D. de iureiur. l.* 6. §. 5. *de his, qui not. inf.* CARPZOV. *P. I. C.* 12. *def.* 31. *n.* 4. SETSER. *de iuram. lib. IV. c.* 4. *n.* 2.

an in his iuramentum deferri poſſit?

§. XIII. Grauitas cauſſae in primis impedit, quominus iudex poſſit *iuramentum ſuppletorium* deferre ei, qui tantum ſemiplene probauit, quippe quod deferendum eſt, *inſpectis perſonarum et cauſſae circumſtantiis*, vt ait Pontifex in *c. f. X. de iureiur.* Conſtituitur hoc modo iuraturus *iudex* et *teſtis* in propria cauſſa, ſine aduerſarii conſenſu et delatione, adeoque

In cauſſis arduis an ſuppletorium deferri queat.

vbi

vbi grauiſſima deſideratur probatio, huic locus eſſe nequit. PINCKELTHAVS *Obſ.* 22. *n.* 10. SERAPHINVS de SERAPHINIS *de priuil. iuram. priuil.* 33. *n.* 112. ibique BENCKENDORFF. *n.* 91. *ſeqq.* Inde in cauſſis criminalibus locum habere nequit, niſi eſſet parui præiudicii, SERAPHINVS *cit. l. n.* 109. vt et in iis, vbi agitur de maxima parte bonorum. An et quatenus autem hoc in eccleſiaſticis et feudalibus poſſit locum habere, infra oſtendam. Inde inferunt, quod nec ei locus ſit in cauſſis ſtatus, filiationis et *ſpureitatis*, vt loquitur SERAPHINVS *cit. l. n.* 112. h. e. quando ſtuprata agit de agnoſcendo partu. Cauſſa ſtatus quidem quodammodo ardua, iudici tamen ſimul arbitrium relictum eſt, vt aliquando in *cauſſa graui*, circumſtantiis id ſuadentibus poſſit iuramentum ſuppletorium deferre, ceu *in iur. eccleſ. proteſt. ad tit. de iureí.* §. 74. oſtendi. Quamuis enim ſtuprata valde ſuſpecta ſit, vt *regulariter* ſtupratori iuramentum purgatorium deferri debeat, poſſunt tamen circumſtantiæ tales adeſſe, quæ contrarium ſuadent. Immo Dd. generaliter aſſerunt, etiam in cauſſis arduis iuramento ſuppletorio locum eſſe, ſi plus quam ſemiplene probatum eſt. GAIL. *l. Obſ.* 108. *n.* 11. SERAPHINVS de SERAPHINIS *cit. l. n.* 10. BENCKENDORFF ad SERAPHIN. *cit. l. n.* 19. Similiter in *poſſeſſorio* huic iuramento locum relinquunt, ſi vel maxime cauſſa principalis ſit magna et ingentis præiudicii, et quidem ideo, quod poſſeſſorium iudicium ſit modici præiudicii, et id, quod decedit in poſſeſſorio, in petitorio recuperari et emendari queat. IO. PETRVS SVRDVS *lib. I. conſ.* 73. *n.* 2. SERAPHINVS *cit. l. n.* 11. Verum vbi plurimum ex *poſſeſſorio* totius cauſſæ deciſio dependet, ſi forſan probatione alter in petitorio deſtituatur, adeo-

adeoque *poſſeſſorium* tunc ſimpliciter pro re parui præiudicii reputari nequit, ſed ex circumſtantiis pro arbitrio iudicis hoc erit æſtimandum. MENOCH. *de remed. recup. poſſeſſ.* 15. *qu.* 32. *n.* 413. MASCARD. *de probat. concl.* 1198. *n.* 10.

Regula III. quod in cauſſis arduis circumſpecte agi debeat.

§. XIV. Tertia regula eſt: *IN CAVSSIS ARDVIS CAVTE ET CIRCVMSPECTE EST PROCEDENDVM*, requirunt enim magnam curam et diligentiam, ERNEST. COTHMANNVS *Vol. II. reſp.* 86. *n.* 16. *et vol. III. reſp.* 15. *n.* 71. et lente feſtinandum eſt. IDEM *Vol. IV. Reſp.* 12. *n.* 159. Applicat hoc CAROLVS V. *in art.* 219. ad cauſſas criminales, et recte cenſet, daß zu dieſen Sachen groſſer Fleiß gehöret, ſeu vt Pontifex ait *in c.* 3. *de elect. in* 6. *vbi periculum maius intenditur, ibi procul dubio plenius eſt conſulendum.* Inde eſt (1) quod iudex, etiam inuitis partibus, peritos conſulere poſſit, præſertim ſi cauſſa ſit intricata et difficilis, adeo vt ſæpe etiam peritiores collegia ICtorum in arduis et magni momenti cauſſis conſulere ſoleant. LAVTERBACH. *de conſil. c. II. th.* 13. Optime cenſet OLDEKOP. *tit.* 1. *obſeru. crim.* 7. *n.* 6. et, *ſæpe*, ait, *etiam principes, quibus tamen egregii ſunt et peritiſſimi a latere conſiliarii collegium iuriſperitorum conſulunt: nec id fruſtra, tum quia illi ſunt in cauſſis arduis et capitalibus verſatiſſimi, eas quotidie tractant, et alios docent, tum quia integrum eſt iudicium, quod plurimorum ſententiis confirmatur, et facilius inuenitur, quod a pluribus ſenioribus quæritur.* conf. BRVNNEM. *conſ.* 32. *n.* 26. Quamuis vero iudex cauſſam arduam difficilemque tranſmittere, etiam inuitis partibus poſſit, alia tamen quæſtio eſt, an eam debeat tranſmittere? De cauſſis *criminalibus* in primis diſceptatum fuit, quas omnino tranſmittendas eſſe cenſent, poſtquam cauſſa tam ardua non cuilibet groſſo iudici videtur commit-

Inde peritiores in iis conſulendi.

An neceſſario in criminalibus.

ten-

Digitized by Google

tenda; vt ait MARANTA *in Spec. P. VI. de appell. n. 67.* et præterea in *ordin. crim.* fere *quinquagies ſepties* hoc inculcetur, ſpeciatim vero in *art. cit.* Verum cogitandum eſt, CAROLVM V. potiſſimum locutum fuiſſe de iudiciis *nobilium paganis* et *magiſtratuum oppidanis*, quæ raro inſtructa ſunt aſſeſſoribus iurium peritis, vt merito tranſmiſſio actorum iis imperari debuerit. Dicaſteria Principum ſane cum his æquiparari nequeunt, quæ aſſeſſores vtplurimum habent peritos inſtructosque, et experientia ſatis probatos, quibus haud imperata eſt tranſmiſſio, adeoque, niſi leges prouinciales aliud poſtulent, ipſimet ſententiam criminalem ferre poſſunt. Conf. CARPZOV. *Prax. crim. qu. 116.*

§. XV. In primis 2) iudici criminalia magna cum ſollicitudine ſunt peragenda, et feſtinatio fugienda, quamuis etiam *doloſa procraſtinatio* vitioſa et reprobata ſit in *art. 150.* vbi *in f.* etiam hæc additur ratio: **Weil zu groſſen Sachen, als zwiſchen dem gemeinen Nutz und der Menſchen Blut zu richten, groſſer ernſtlicher Fleiß gehöret, und angekehret werden ſoll.** Nec minus eleganter ait AMMIANVS MARCELLINVS *lib. XXIX. c. 15. de vita et ſpiritu hominis, qui pars mundi eſt, et animantium numerum complet, laturum ſententiam, diu multumque cunctari oportet, nec præcipiti ſtudio, vbi irreuocabile factum eſt, agitari,* vbi exemplo Areopagitarum id declarat, additque: *Ita numquam tardum exiſtimatur, quod eſt omnium vltimum.* Hæc eadem ratio quoque poſtulat cautos, prudentes, conſcientioſos et optimos iudices, quibus criminalia committantur, ne *incaute* et *imprudenter* in iis procedatur. Ita cenſuit CAROLVS V. in *art. I.* deſiderans **fromme, ehrbare, verſtändige und erfahrne Perſonen,** additque: **alsdenn zu dieſen**

Criminalia magna cum cura agenda.

Et idoneos cautosque iudices poſtulant.

groſſen Sachen, welche des Menſchen Ehr, Leib, Leben und Gut belangen ſeynd, tapffer und wohlbedachter Fleiß gehörig. Darum denn in ſolcher Uberfahrung, niemand mit rechtmäſſigem verträglichem Grund, ſeine Verlaſſung und Hinläſſigkeit entſchuldigen mag, ſondern billig derhalb, Vermöge dieſer unſer Ordnung geſtraft. Tanto autem grauior pœna infligenda, quanto maior induſtria adhibenda erat in expeditione officii publici. Ideo etiam plures dilationes in criminalibus, quam ciuilibus indulgentur *l. f. D. de dilat. quia iſtæ cauſſæ ſunt grauioris momenti, quippe quibus de vita, ſanguine aut exiſtimatione hominis agitur*, vt vtar verbis ZIEGLERI *in Dicaſtice concluſ. 28. §. 14.* nec vnquam in criminibus ita concluditur, vt noua defenſio, et quæ ad eam inſtruendam pertinent, non poſſent ad acta referri. *l. 18. §. 9. D. de quæſt.* GAIL. *I. Obſ. 107. n. 11.* Et quamuis in ciuilibus poſt concluſionem in cauſſa partibus os clauſum ſit, iudex tamen, cauſſæ grauitate id efflagitante, etiam *ex officio* reſcindere poteſt concluſionem, et vlteriorem adhuc cauſſæ diſcuſſionem requirere. BERNHARD GRAEVE *ad Gail. cit. l. n. 22.* In primis vero ſufficiens et accurata *cauſſæ cognitio* deſideratur in rebus arduis *l. 2. C. de ſentent. ex breuic. recit. l. 9. C. de iudic.* quem in finem ſæpe acta pluribus referentibus dari ſolent, vt, tot præuia aſſeſſorum deliberatione, maturior ſententia ferri queat, cum oculi plus videant, quam oculus, nec *vitium præcipitantiæ*, quæ *nullitatem* inducit, ſententiæ obiici queat. GILCKEN. *ad l. 9. C. de iudic. n. 2.* ALTIMARVS *de nullit. ſent. qu. 314.*

Reg. IV. quod in cauſſa ardua cenſeatur perſonæ induſtria electa.

§. XVI. Quarta regula eſt, *IN CAVSSA ARDVA CENSETVR PERSONAE INDVSTRIA ELECTA*, vt, cui quid commiſſum eſt, id per *ſubſtitutum* agere nequeat. Rectæ rationi

ni id ipſum conuenit, vt et intentioni committentis, qui pro *grauitate cauſſæ* ſubiectum idoneum elegiſſe, eique ſoli cauſſæ expeditionem concrediđiſſe videtur. AVG. BARBOSA *ad c. f. de offic. et pot. iud. deleg. n. 5.* MENOCH. *lib. II. Præſ. 21. n. 4.* Eſt enim *artificum* et *peritorum* longa differentia, et *ingenii*, et *naturæ*, et *doctrinæ*, et *inſtitutionis*, adeoque *ſubſtitutio* indiſtincte non eſt conceſſa, vt docet VLPIANVS *in l. 31. D. de ſolut. c. f. §. 15. autem X. de offic. et pot. iudic. deleg.* Sic ergo (1) procurator ad *negotia* ſeu *extraiudicialia* libere quidem quandocunque alium deputare poteſt, iudice Pontifice in *c. 1. in f. de Procurat. in 6.* et ICto in *l. 8. §. 3. D. mand. l. 33. C. de donat. l. 8. §. 3. de procur.* ſed non æque ad *iudicialia* conſtitutus, quæ grauiora cenſentur cauſſis extraiudicialibus, adeoque ſpeciatim facultas *ſubſtituendi* ei concedenda eſt. LAVTERBACH. *de procurat. ſubſtit. c. 3. §. 7. ſeqq.* LYNCKER. *de form. Procurat. c. 2. §. 18.* Immo etiam hæc ſubſtitutio prohibita cenſetur in cauſſis extraiudicialibus, ſi procurator ad *arduum* aliquod et magni momenti negotium conſtitutus fuerit. IDEM *cit. l. §. 5.* Exemplum occurrit in *c. f. de Proc. in 6.* vbi negatur procuratori, ad matrimonium contrahendum conſtituto, alium deputandi fafacultas, addita hac expreſſa ratione: *propter magnum, quod ex facto tam arduo poſſet periculum imminere.* Similiter vbi alicui alienatio rerum magni momenti concreditur, ſubſtitutio cenſetur prohibita *l. 15. §. 2. D. de diu. tempor. præſcript.* Immo qui ad vniuerſa negotia datus eſt procurator, alium *in vniuerſum* ſubſtituere nequit, niſi ei hoc ſpecialiter conceſſum ſit. *c. 3. de procurat. in 6.* quia vniuerſa rerum adminiſtratio ſane magni præiudicii res eſt, quæ perſonæ induſtriam electam eſſe ſupponit. (2) Officia publica, perſonalia ſcilicet, inter *res arduas* refe-

Exemplo procuratoris.

Item officialium.

referuntur, ad quorum adminiſtrationem non quilibet idoneus eſt. Ita Senatus Romanus apud TACITVM *lib. I. annal. c. 11.* cenſuit, et recte quidem. *Aiunt ſe in partem curarum ab Auguſto vocatum experiendo didiciſſe, quam arduum, quam ſubiectum fortunæ regendi cuncta onus.* Ex grauitate ergo officii publici, quod gerunt, perſonæ induſtria cenſetur electa, vt ſubſtituere aliique vices ſuas mandare nequeant. MYLER ab EHRENB. *in Hyparchol. c. 21. §. 2. conf. l. 10. C. de decur. X. l. 64. C. eod. l. 1. C. de præp. agent. in reb. XII.* Equidem *more maiorum* apud Romanos inualuerat, vt *magiſtratus maiores* iuriſdictionem alii mandare poſſent *l. 5. D. de iuriſd.* quod Dn. NOODT *lib. II. de iuriſd.* plenius explanat. Verum id extraordinarium erat, et quia *moribus* contra *rationem iuris* inualuerat, eatenus tolerabatur, quatenus inualuerat. Nam quæ *extra ordinem* magiſtratui data erant lege vel SCto, mandari non poterant, vt *merum imperium* aliaque, *l. 1. §. 1. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* quia id ipſum *ſpeciatim* ei concreditum erat, nec *mores maiorum* ad talia extendi debebant, qui potius, quod *extra ordinem* inualuerant, reſtringi debebant. Proinde meo quidem iudicio, ad noſtros magiſtratus id minime applicari poteſt, partim quia non ſunt comparandi cum *magiſtratibus maioribus Romanorum*, partim quia quod ex *more Romanorum* apud Romanos obtinebat, cum illis quoque exſpirauit, vt hodie potius *regulæ inſiſtendum* ſit. SCHILTER *ex. 5. th. 21.* Loquor de *iuriſdictione perſonali.* Nam quoad *realem* ſeu *patrimonialem* etiam recte aſſeri poteſt, *more maiorum* h. e. Germanorum inualuiſſe, vt iuriſdictionem aliis mandare poſſint, quod ſuo modo etiam in *art. 2. C. C. C.* confirmatum eſt. De *eccleſiaſticis officiis* idem quoque dicendum foret, ſed etiam in iis *more maiorum* inualuit, vt in

eccle-

eccleſiis cathedralibus per vicarium cultum expedire queant, id quod tamen plerique ad abuſus eccleſiarum recte referunt.

§. XVII. Immo (3) inde quoque fluit, nec commiſſarios regulariter ſubdelegare poſſe, quatenus *grauitas cauſſæ* perſonæ induſtriam requirit, niſi de voluntate vel *expreſſa* vel *tacita* delegantis conſtet. Delegati Pontificis ſubdelegare quidem poſſunt, *c. 3. X. de offic. et pot. iudic. deleg.* ſed hoc ideo, quia Papa non alios, quam in dignitate conſtitutos eccleſiaſtica delegare ſolet, *c. II. de reſcript. in 6.* quibus ex dignitate, quam gerunt, hoc ſpeciatim conceſſit. *c. 27. verſ. intentionis X. de offic. et pot. iudic. deleg.* Additur tamen in *c. cit. 3.* hæc limitatio: *niſi forte cauſſæ ita graues ſint, quod ſine præſentia tua non poſſint commode terminari.* Neque enim cauſſæ, quæ committuntur, ſemper *ex ſe* et *ſua natura* prorſus graues ſunt, adeoque ad qualitatem cauſſæ omnino reſpiciendum eſt. Equidem omnes cauſſas, etiam graues ſubdelegari poſſe, cenſuit GONZALEZ *ad cit. c. 3. n. 4.* vt admodum *grauiores* tantum exceptæ ſint, ſed re vera fucum facit, cum *grauiores cauſſæ* non aliæ cenſendæ, quam ex quarum inſigni præiudicio et pondere conſtat, perſonæ induſtriam eſſe electam. Similiter etiam Cæſaris delegati illuſtres etiam ſubdelegant, ſed vix hoc trahi poteſt ad eos, qui ex *priuatorum* ſorte delegati ſunt, vti obſeruauit demonſtrauitque Dn. PRAESES *in iur. eccl. Proteſt. lib. I. tit. 29. §. 15.*

Inde nec commiſſarii ſubdelegare queunt.

§. XVIII. Quinta regula: *CAVSSA MINOR NON FACIT PRAEIVDICIVM MAIORI.* Ait ICtus in *l. 54. D. de iudic.* *Per minorem cauſſam maiori cognitioni præiudicium fieri non oportet: maior enim quæſtio minorem ad ſe trahit.* Pro recto huius legis ſenſu notandum eſt, *præiudicium* hic idem eſſe, quam quod *præiudicandum* ſeu *ante decidendum* eſt, duobus vel pluribus

Regula V. Cauſſa minor non facit præiudicium maiori.

Præiudicium quid?

ribus quæſtionibus forſan concurrentibus, vt notat IAC. RAEVARDVS *lib. I. de præiudic. c. 1. in f.* Quando enim olim in ius ventum erat, actorque ſibi dari actionem poſtulabat, Prætor ante omnia cognoſcebat, an actio eſſet danda, et an non alia forſan quæſtio et cauſſa eſſet ventilanda nec ne? *l. 1. famil. hercifc. l. 25. de petit. hered. l. 17. de except. l. 15. ad L. Iul. de adult.* Si itaque apparebat, aliam cauſſam, ex cuius deciſione mota quæſtio decidenda erat, ante omnia eſſe excutiendam, antequam vel in criminalibus reus inter reos reciperetur, vel in ciuilibus actio inſtituta tractaretur, *præiudicio* locus eſſe dicebatur, de quo ante omnia cognoſcendum erat. RAEVARDVS *cit. l. c. 10.* Sicuti vero præterea §. *2. ſeqq.* oſtendi, de iure Romano magiſtratus *maiores* et *minores* peculiari et Romanis proprio ſignificatu diſtinctos fuiſſe, ita recte cenſet RAEVARDVS *lib. II. de præiudic. c. 7. in cit. l. 54. maiores* et *minores cauſſas* diſtinctas fuiſſe ſecundum diuerſam magiſtratuum diuiſionem, vt *minores* dicerentur, quæ ad magiſtratus iudicesque minores pertinerent, *maiores*, quæ cognitioni maiorum magiſtratuum reſeruatæ erant, prout ſupra etiam dictum eſt.

Quænam, in regula adductæ cauſſæ maiores et minores ſint.

Senſus regulæ illuſtratur.

§. XIX. Senſus itaque regulæ hic eſt: *Ille, qui de cauſſa maiori ſuo iure ius dicit, minorem cauſſam, ei cohærentem et incidentem quoque decidit, quamuis alias de ea ordinarie ius non dicat, cum cauſſa maior minorem ad ſe trahat.* Sic qui de *crimine* cognoſcit, etiam *de finibus*, tanquam incidente quæſtione, cognoſcere poteſt, *l. 4. §. 4. fin. reg.* et ſic iudex, qui de crimine propoſito cognoſcit, eſt etiam competens in cauſſa incidente, quamuis ſi principaliter illa quæſtio ventilaretur, competens non eſſet. *Vol. I. conſ. Marpurg. 6. n. 3.* Præterea olim *Præſes Prouinciæ de falſo cauſſam cognoſcens, incidentem proprietatis quæſtionem,* (quæ *in facto* conſiſtebat) *dirimere poterat.*

l. 1.

l. 1. C. de offic. rector. prouinc. Et ſi Præſes prouinciæ quæſtionem iuris de rupto teſtamento explicabat, poterat etiam vniuerſam quæſtionem incidentem, quæ in iudicium deuocatur, examinare, *quoniam non de ea* principaliter, *ſed de hereditate pronunciat*, vt aiunt Imperatores *in l. 1. C. de ordin. cognit.* Quæſtio criminis *maior* cenſetur *ciuili*, adeoque hæc præmittenda, *vt finis criminalis negotii initium ciuili quæſtioni tribuat. l. 4. C. eod.* conf. MEV. *P. I. deciſ. 69.* Hoc Pontificii egregie in vſus ſuos traxerunt, poſtquam ſtatuerunt, et laicos in hæc verba iurare coegerunt, iudicem eccleſiaſticum eſſe maiorem, ſecularem vero minorem, vt explicui in *iure eccleſ. lib. II. tit. 10. §. 4.* et *cap. ſeq.* explicandum erit.

§. XX. Regula ſexta eſt: *IN CAVSSA ARDVA IMPEDITVS NON TENETVR MITTERE PROCVRATOREM.* Quamuis enim alias abſens per procuratorem comparere teneatur, ita vt hoc non facto non facile ex cauſſa abſentiæ reſtitui poſſit in integrum, de quo plenius agit ODDVS *de reſtit. in integr. P. I. qu. 30. art. 1. ſqq.* merito tamen eum excuſandum eſſe cenſent, qui in cauſſa *maxime ardua* et *grauiſſima* implicitus fuit, ODDVS *cit. l. art. 17.* BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. P. II. qu. 249. n. 81.* cum admodum durum videatur, cogere aliquem, vt cauſſam magni ponderis procuratori committat, cui rectius forſan per ſemet ipſum poſſet prouidere, *l. 16. pr. pro ſoc.* et quamuis alias tantum iis, *qui reipubl. cauſſa abſunt*, id præſtetur, ne neceſſe habeant, ſe *per procuratorem* defendere, *l. f. D. eum, qui appell. in prouinc. def.* adeoque iis, qui ex alia cauſſa abſunt, idem non præſtandum ſit, merito tamen ſimul ad *cauſſæ qualitatem* hic reſpiciendum eſſe recta ratio ſuadet. Deſiderant autem cauſſam tanti præiudicii, in quo

Reg. VI. in ardua cauſſa nemo poteſt cogi ad conſtituendum Procuratorem.

quo, ſi perperam ageret procurator, reparatio damni ab eo ſperari haud poſſet. ODDVS *cit. l. n. 87.* Neruus controuerſiæ potiſſimum huc redit: *an iuſte impeditus excuſetur, ſi procuratorem haud miſerit in cauſſa grauiſſima et maxime ardua, vt nihilominus poſſit reſtitutionem in integrum petere?* Quod affirmandum cenſeo, ita vt culpa hæc, quod procuratorem haud conſtituerit, ei imputari non debeat: tota reſtitutio in *æquitate naturali* fundata eſt, ad quam potiſſimum reſpiciendum, adeoque ex facti circumſtantiis, quæ variæ eſſe poſſunt, deciſio potiſſimum deſumenda eſt. *l. 26. in f. ex quib. cauſ. mai.* Collineat huc etiam Pontifex in *c. 2. X. de procurat.* et expreſſe ait: *cum non poſſit quis cogi, niſi velit, IN GRAVIBVS CAVSSIS procuratorem mittere,* conf. BARBOSA *ad cit. c. 2. n. 3.* Hoc tamen minime prodeſt *contumaci*, vtpote qui, ſi per procuratorem comparere noluit, per ſe tamen comparere debuiſſet, *c. 54. X. de teſtib.* nec illis prodeſt, qui omnia ſecundum ſtilum iudicii per procuratorem expedire debent, vt conſtitutio procuratoris ſit neceſſitatis, ceu in tribunalibus ſupremis iuris eſſe ſolet.

Regula VII. Quod in arduis negotiis maior gradus culpæ præſtandus ſit.

§. XXI. Regula ſeptima eſt: *IN ARDVIS NEGOTIIS MAIOR CVLPAE GRADVS EST PRAESTANDVS.* Non leues ſunt interpretum fluctus in doctrina de *præſtatione culparum*, qui vnice inde orti videntur, quod primario regulæ, quam ICtus in *l. 5. D. commod.* tradit, inhærere, quam rem ex principiis naturalibus, quibus primario ICti in ſpecialibus quæſtionibus inſtituerunt, explicare maluerint. Conclamatum eſt, regulam in *l. 5. cit.* traditam, non eſſe adæquatam, nec *obligationibus facti* applicari poſſe, adeoque leges aliæ, quarum inſignis in hac materia numerus in promtu eſt, conferendæ erunt,

ex

ex quibus apparet, regulariter in omnibus negotiis *culpam leuem* eſſe præſtandam, ſeu *boni patris famil. officium* implendum, quod vbique fere ICti ob oculos in deciſionibus ſuis habuiſſe videntur, vtut terminis non iiſdem mentem ſuam expreſſerint, vt obſeruaui *in introd. ad Digeſta tit. commod. circa finem.* Cum vero plures occurrere poſſint circumſtantiæ, ex quibus etiam debitor ad culpam minutiſſimam et leuiſſimam obſtringi queat, nonnunquam a regula tali recedendum fuit. Primario autem ICti reſpiciendum eſſe cenſuerunt ad ipſam negotii contracti naturam indolemque, et aliquando ſecundum illam gradum diligentiæ determinarunt, et quidem recte, cum iura ad ipſa negotia accommodari debeant, prout *c. I. §. 2. ſqq.* dixi. Quid enim, ſi quis in contractu quodam ſuſcepit negotium *arduum, magni momenti, multisque obnoxium periculis*, in quo etiam diligentior facile errare poteſt, an non eum diligentiæ gradum promiſiſſe videtur, quem natura rei poſtulat, et ſine quo perfici nequit? Certi iuris eſt, in locatione conductione regulam antea allatam obtinere. Sed *qui columnam tranſportandam conduxit, ſi ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta ſit, ita id periculum præſtat, ſi qua ipſius eorumque, quorum opera vteretur, culpa acciderit, culpa autem abeſt, ſi omnia facta ſunt, quæ diligentiſſimus quiſque obſeruaturus fuiſſet.* Ita cenſuit ICtus in *l. 25. §. 7. D. locat.* nec aliter cenſere potuit, quia conductor negotium magna præcautione et ſolertia perficiendum ſuſceperat, ad quod *artificium ſingulare*, non *vulgaris* opera, deſiderabatur. *l. 9. §. pen. locat.* Porro *ſi gemma includenda aut inſculpenda data ſit, eaque fracta ſit, ſiquidem imperitia facientis, erit ex locato actio l. 13. §. 5. loc.* quia affectare nemo debet, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem ſuam alii

Digitized by Google

periculoſam fore. *l. 8. §. f. ad L. Aquil.* Circa conditionem rerum fungibilium omnis diligentia, etiam exactiſſima, adhibenda eſt, cum hæ res ſua natura ſingularem curam et ſollicitudinem deſiderent. *l. 2. et 3. D. de act. emt.* Procurator iudicialis ſuſcipit arduum negotium, periculi plenum, maxime ſi proceſſum iuris Romani antiquum intuemur, in quo facile quis labi poterat cum diſpendio totius cauſſæ, ergo marito omnis culpa ab eo præſtanda erat, *l. 13. C. mandati*, licet in negotiis extraiudicialibus tantum culpa leuis eſſet præſtanda, niſi etiam hæc ardua maximique momenti eſſent. *l. 8. §. f. l. 10. pr. mand.*

Regula VIII. examinatur, an in cauſſis arduis ciuilibus ad torturam deueniri poſſit.

§. XXII. Octaua regula eſt: *IN CAVSSIS CIVILIBVS ARDVIS AD TORTVRAM DEVENIRI POTEST;* has enim æquiparare ſolent criminalibus, in quibus tortura regulariter locum inuenit. Ita cenſent HYPPOLITVS de MARSIL. *in pract. §. expedita n. 59. ſqq.* MANZIVS *in ſpecial. in iure comm. voce arduitas n. 3.* CARPZOV. *Prax. crimin. qu. 119. n. 37.* HARPRECHT. *Vol. nouo conſ. 9. n. 15.* qui potiſſimum prouocant ad *c. 1. X. de poſ.* Sed falluntur, qui ita ſentiunt, quod etiam plerique ex adductis agnoſcunt, dum tales cauſſas ciuiles ſupponunt, quæ tale crimen, ob quod reus torqueri poteſt, annexum habent, adeoque tortura decernitur, non quia *cauſſa ciuilis ardua* eſt, ſed quia crimen annexum habet, cuius nomine *criminaliter* agitur. Nec aliquid præſidii diſſentientibus conciliat *c. 1. cit.* in quo agitur de *depoſito*, a depoſitario oblato, in quo poterat ob furtum tortura decerni, vti obſeruat GRANNANIETO *ad cit. c. 1. n. 7.* aitque: *licet a principio cauſſa illa ciuilis eſſet, tamen propter iniquam depoſiti ſubreptionem et furti diffamationem in criminalem fuit conuerſa, et inde tortura locum habuit.* Immo rectius negat GONZALEZ *ad cit. c. 1. n. 5.* de *tortura* in *cit.* ex-

agi,

agi, quod vel inde probabile eſt, quia de *clerico* quæſtio erat, qui a tortura immunis eſt, et *verba* illa: *vt illum iniquum ſub quæſtionibus ad rationem ponant*, non neceſſario torturam inuoluunt, cum *quæſtiones* etiam *ſimplices interrogationes* denotent. Idem quoque euincunt exempla, quæ adducere ſolent. Sic mercatores, qui doloſe dilapidarunt bona, ad hoc, vt pecunias ſibi creditas itemque chirographa et rationes, quas adhuc penes ſe habere negant, creditoribus ſuis indicent, tormentis ſubiici vel ideo poſſunt, quia *ſtelliones* ſunt, immo *fures*. BOERIVS *deciſ. 215. n. 1.* CARPZ. *cit. l. n. 38. ſqq.* HARPRECHT. *cit. l. n. 16.* Idem de inuentore theſauri in fundo alieno, eumque occultante, dicendum eſſe liquet, quia a *fure* haud abſimilis eſt. CARPZOV. *pr. crim. qu. 86. n. 25.* LAVTERBACH. *de theſ. th. 82.* Denique etiam teſtes in *cauſſa ciuili ardua*, veritatem occultantes, vel in teſtimonio perhibendo vacillantes, torqueri poſſe cenſent, quia a ſuſpicione *falſi* haud ſunt immunes. CARPZ. *cit. qu. 119. n. 46.* HARPPRECHT *cit. l. n. 17.* vbi tamen multa concurrere debent, vt demum ad torturam deueniri queat, nec vltra gradum primum progrediendum.

§. XXIII. Regula nona eſt: *SVB CONCESSIONE GENERALI NON CENSENTVR COMPREHENSA ARDVA*, quippe quæ concedens reſeruaſſe et excepiſſe ex *magnitudine negotii* præſumitur. Sic in delegatione et conceſſione cognitionis cauſſarum non cenſetur delegata et conceſſa cognitio cauſſæ criminalis læſæ Maieſtatis, quia hoc crimen dicitur arduum. MANZIVS *cit. l. n. 18.* B. STRYK. *in V. M. ad tit. ad L. Iul. Mai. §. 13.* Similiter ſimpliciter conceſſa iuriſdictione aut venatione, nec *criminalis*, quæ ardua cenſetur, nec *maior venatio*, quam in pretio ſummo Principes habent, conceſſa videtur.

Regula IX. explicatur.

tur. B. STRYKIVS *in V. M. ad tit. de iuriſd.* §. 13. *in f.* vbi hanc addit rationem: quod hic agatur *de re magni momenti*, *quæ non ſolet tacite transferri.* Regula hac potiſſimum vtuntur Pontificii in limitibus iuriſdictionis eccleſiaſticæ conſtituendis, vti *capite ſeq.* expediam, et cum hæc ipſa quoque ex *regula ſequente* illuſtrari queat, ſtatim ad illam progrediar.

Regula X. exponitur, quod ardua requirant mandatum ſpeciale.

§. XXIV. Regula decima eſt: *ARDVA SPECIALE MANDATVM DESIDERANT*, id quod fluit ex regula *in* §. *antec.* explicata, quia ſub generali conceſſione haud comprehenduntur. Doctrina hæc potiſſimum vſum præbet in mandatis procuratorum. Nam regula eſt: *qui ad agendum vel defendendum ac generaliter ad omnia, etiamſi exigant mandatum ſpeciale, conſtituitur procurator ex vi generalitatis huiuſmodi, ad aliquem articulum, in quo ſpeciale mandatum exigitur, admitti non debet. c. 4. de proc. in 6.* Quænam autem ſunt illa, quæ ſpeciale mandatum deſiderant? Reſpondi *in iur. eccleſ. Proteſt. lib. I. tit.* 38. §. 10. *quæ præiudicium non leue principali adferre queunt*, *vel arduis et magni momenti rebus accenſeri debeant*, quod etiam confirmat CARPZOVIVS *lib. III. reſp. XI. n.* 8. et exemplo *recognitionis documentorum*, tanquam re magni præiudicii *lib. II. reſp.* 99. *n.* 5. illuſtrat. Sic ad ſponſalia contrahenda, adeundam hereditatem, tranſactionem, alienationem, compromiſſum, reſtitutionem in integrum, remiſſionem iuris, delationem iuramenti, eiusque præſtationem, declarationem caducitatis, renunciationem litis et ad quamuis cauſſam, *quæ aduerſario grauis et ardua eſt vel etiam nobis*, ſpeciale mandatum exigitur, vt loquitur LYNKERVS *de form. procur. c. V.* §. 23. additque hanc generalem regulam: *in genere tenendum eſt, quod in quouis arduo et ponderoſo negotio mandatum ſpeciale deſideretur.*

tur. Hinc recte huc refertur (1) impoſitio arreſti, quæ aduerſario admodum grauis eſt. CARPZOV. *lib. IV. reſp. 36. n. 4.* (2) *Capturæ petitio* eiusque reuocatio CARPZ. *lib. III. reſp. 11. n. 7.* (3) *Obiectio criminis* electo facienda *clem. 2. de proc.* (4) *inſtitutio actionis famoſæ*, quoniam famæ cauſſa eſt, vti dicitur *in l. 39. §. 1. de procur.* (5) *reaſſumtio litis.* FINCKELTHAVS *Obſ. 110.* aliique plures actus præiudiciales relati a LYNKERO *cit. l. §. 20. ſqq.*

§. XXV. Vndecima regula eſt: *IN ARDVIS CAVSSIS FACILIVS SVBVENIENDVM, NEC APICIBVS IVRIS INHAERENDVM.* Grauiſſimum præiudicium, quod in iis verſatur, ſæpe deſiderat extraordinarium iudicis auxilium, cum alioquin ex apicibus iuris quis foret præcludendus. Sic poſt concluſionem aut publicationem teſtium nouæ probationes regulariter non admittuntur. Sed in cauſſis *arduis et maioribus*, non obſtante concluſione aut publicatione teſtium, pro re nata nouæ probationes fieri poſſunt. MANZIVS *cit. l. n. 38.* in primis in cauſſis criminalibus, BERLICH. *P. I. concl. 51. n. 8.* matrimonialibus, IDEM *cit. l. n. 18.* et eccleſiaſticis, IDEM *cit. l. n. 42.* Quorſum pertinet regula, quod licet cauſſæ ciuiles ſuum proceſſum ordinarium habeant, interdum tamen, quando graues et arduæ ſunt, ſapiunt quodammodo naturam criminalium, vt non ſtricte ſubtilitati proceſſus inhærendum ſit. MANZIVS *cit. l. n. 2.* Immo ſi quid erratum ſit in proceſſu, facilior iudex eſſe debet ad ſubueniendum læſo per reſtitutionem in integrum, cum hic euidentiſſimum et grauiſſimum damnum ſubſit.

Regula XI. illuſtratur.

§. XXVI. Atque ex hac regula quoque fluxit vltima, *IN ARDVIS CAVSSIS MVLTA CONTRA ORDINARIAM IVRIS RATIONEM FIERI ET DECERNI POSSVNT*, quæ etiam ſua luce radiat.

Vltima regula explanatur.

Sequeſtrum regulariter eſt prohibitum, *l. 1. C. de prohib. ſequeſtr.* cum ab exſecutione non ſit inchoandus proceſſus, ſed potius quilibet in ſua poſſeſſione defendendus. COTHMANNVS *Vol.* III. *reſp. 35. n. 128.* MEV. *P.* II. *deciſ. 247.* Interim quando grauiſſimum imminet præiudicium, et defenſio poſſeſſionis tantæ eſt difficultatis, vt periculum et turbas per eandem amoliri impoſſibile ſit, illa omnino decerni poteſt; MEVIVS *P. V. deciſ. 232. n. 3.* B. HARPRECHT *vol. nou. conſ.* I. *n. 824. ſqq.* quo ipſo receditur etiam ab illa iuris ratione, *quod lite pendente nihil ſit innouandum*, quod tamen *grauitas cauſſæ* permittit; adeo vt etiam perſonæ liberæ quandoque ſequeſtrari poſſint, prout plenius explanat COCCEIVS *de ſequeſtr. femin.* Ceterum ſi appellatum eſt, ſequeſtrum, ſi cauſſæ circumſtantiæ illud efflagitant, non ab *inferiori*, ſed ſuperiori ſuſcipi debet. B. HARPRECHT *cit. l. n. 833. ſqq.*

CAPVT III.
DE
CAVSSIS MAIORIBVS ECCLESIASTICIS.

ARGVMENTVM.

§. I. *Scripta eriſtica de cauſſis maioribus eccleſiaſticis.* II. *An pontifici iura præcipua in illis competierint?* III. *In conciliis prouincialibus olim deciſæ:* IV. *nonnunquam in vniuerſalibus.* V. *Occaſiones huius deciſionis a Pontifice vſurpatæ.* VI. *Quid ea de re in canonibus Concilii Sardicenſis cautum.* VII. *Fraus in his pro Nicænis venditandis.* VIII. *Eadem promota per Conſultationes ad Pontificem directas,* IX. *præſertim ſubactis epiſcopis, et conciliorum prouincialium auctoritate infracta.* X. *Pontifici aſſerta eſt in ſpuria Iſidori collectione canonum.* XI. *Per ICtos promota per regulam; cauſſas maiores maximos requirere iudices.* XII. *Quo ſenſu cauſſæ eccleſiaſticæ arduæ dicantur?* XIII. *Quatenus maiorem*

rem iudicem, XIV. maioremque probationem deſiderent? XV. Iudex eccleſiaſticus de cauſſa incidente ciuili tamquam minore iudicare poteſt. XVI. Sub generali cauſſarum conceſſione non continetur cauſſa eccleſiaſtica. XVII. Quatenus iudex a iuris ratione in his recedere poſſit? XVIII. De circumſpecta in illis procedendi ratione.

§. I.

Lites de cauſſis maioribus eccleſiaſticis.

Multæ contentiones de cauſſis *maioribus* et *arduis eccleſiaſticis* definiendis et olim fuerunt inter aulæ Romanæ addictos, et vindices auctoritatis epiſcopalis, quorum partes Galli præ ceteris ſtrenue tenent. Lites hæ potiſſimum exſuſcitatæ ſunt occaſione *iuris appellandi ad Pontificem*, quod quidam olim non obtinuiſſe contendunt, quidam id reſtrinxere ad *cauſſas maiores*, quidam denique impudentius de quibuſcunque cauſſis olim facultatem appellandi ad ſedem Romanam viguiſſe aſſerunt. In fauorem aulæ Romanæ ſcripſerat DAVIDIVS librum *de iudiciis Epiſcoporum canonicis*, quo PETRI de MARCA et IOANNIS LAVNOII ſententiam, olim ſcilicet ad Pontificem appellationes non patuiſſe, paullo acerbius impugnauerat. Huic reſponderunt ANOYMVS in tr. *de antiquis et maioribus epiſcoporum cauſſis*, anno 1678. edito, et PASCHASIVS QVENELLIVS *in diſſertat. ad Leonem* aliique: in hos rurſus calamum ſtrinxit, aulæ Romanæ addictiſſimus CHRISTIANVS LVPVS, cuius ſophiſmata reſoluit LVDOVICVS ELIAS du PIN *de antiq. eccleſ. diſciplina diſſert. II.*

In quo diſſentientes conuenerint?

§. II. In eo video diſſentientes conuenire, (1) quod *iuriſdictio* proprie dicta eccleſiæ competat; (2) quod hæc epiſcopis demandata fuerit in ſingulis eccleſiiis; (3) quod epiſcopi in ſuis Parochiis cauſſas mediocres vel minores definire potuerint; (4) quod *maiores* tamen et *arduæ* ad iudicia epiſcopalia maiora ſeu pro-

prouincialia referri debuerint, quales dicebantur eſſe *cauſſæ fidei, epiſcoporum depoſitionem vel grauiorem eccleſiaſticam diſciplinam* concernentes. Vtrum vero in hiſce olim Pontifici Romano quædam *prærogatiua* competierit, vt ſine huius aſſenſu definiri haud potuerint, immo an in eis *appellationes* ad illum olim patuerint, id ipſum eſt, quod Galli et Romani in controuerſiam vocarunt. Non patitur ratio inſtituti, vt rationes, quæ ab *exemplis* et *obſeruantia antiqua* trahuntur, excutiam, interim paucis tantum artes aulæ Romanæ et Epiſcorum referam, quibus illa cauſſarum maiorum definitionem, hi vero ſuam libertatem defendere annifi ſunt.

An Pontifici olim in cauſſis maioribus prærogatiua competierit?

Præſuppoſita quædam præmittuntur.

§. III. Paucis præmitto, eccleſiæ, qua tali, nec *iuriſdictionem* competere, nec olim ab ea exercitam fuiſſe, quod contra Pontificios noſtrates paſſim probarunt. Interim cogitandum eſt, tribus prioribus ſæculis res Chriſtianorum omni publico deſtitutas fuiſſe ſubſidio et defenſione: eccleſiæ collegiis reprobatis et illicitis accenſebantur, oppreſſæ, derelictæ, et publicis perſecutionibus expoſitæ erant, quamuis interim egregia facerent incrementa, et ex cineribus oppreſſorum quotidie plures reſurgerent, qui Chriſto nomen darent. Stetit ergo in tantis perſecutionibus eccleſia, et quidem ſtetit immota, nec denegatio publicæ defenſionis illi fraudi fuit, niſi quod derelicta a republica rebus ſuis proſpicere, et a ſemet ipſa ſubſidia, inique denegata a republica, petere debuerit. In eum itaque ſtatum cum res Chriſtianorum coniectæ eſſent, diſciplina quædam priuato coeuntium pacto placuit, vt omnia *ordine* et *decenter* fierent, et præcaueretur, ne quid detrimenti caperet eccleſia. Hinc inualuere eiectiones lapſorum, remotiones præpoſitorum, inordinate ambulantium, et aliæ cenſuræ, quæ quidem non

non per modum *iuriſdictionis proprie dictæ* exercebantur, interim tamen, ne iniquitas committeretur, in figura cuiuſdam *iudicii*, priuato coeuntium placito conſtituti, decernendæ erant, id quod apud ſingulas fiebat eccleſias, præſidente Presbyterio, TERTVLLIANO *apol. c. 39.* et CYPRIANO *epiſt. 52.* teſtibus. Quia tamen cauſſæ incidentes non vnius eiuſdemque naturæ et grauitatis erant, ita, regulis prudentiæ id ſuadentibus, diſcuſſiones cauſſarum hoc modo inſtituebantur, vt quæ particulares tantum concernerent eccleſias, earumque diſciplinam, iudicio priuato ſingularum eccleſiarum relinquerentur, et *vnius cuiuſque cauſſa illic audiretur, vbi commiſſum eſſet crimen*, vt ait CYPRIANVS *epiſt. 59.* Si autem *maiores grauioresque cauſſæ* incidebant, ex quibus motus et turbæ, per complures eccleſias ſeſe diffundentes, erant metuendæ, concilium prouinciale contrahebatur, et communi conſilio eorum, qui ab eccleſiis, intra prouinciam conſtitutis, delegati erant, rei eccleſiæ communi conſulebatur, et ita hæ Synodi *iudicia* quaſi *maiora* eccleſiaſtica conſtituebant, in quibus cauſſa cognita, eodem fere modo iudicabatur, vt in priuatis ſingularum eccleſiarum iudiciis, teſte CYPRIANO *cit. l.* Huc potiſſimum pertinebat, ſi quis Epiſcoporum in hæreſin inciderat, vel aliter delinquerat, vt deponendus vel eiiciendus eſſet. *Iccirco*, ait rurſus Epiſcopus Carthaginenſis *Epiſt. 68. frater cariſſime, copioſum corpus eſt ſacerdotum, concordiæ mutuæ glutine atque vnitatis vinculo copulatum, vt ſi quis ex collegio noſtro hæreſin facere, et gregem Chriſti lacerare et vaſtare tentauerit, ſubueniant ceteri, et quaſi paſtores, vbiuis et miſericordes oues dominicas in gregem colligant,* quod *epiſt. 67.* nouo exemplo declarat. Cum circa annum 266. PAVLVS Samoſatenus Antiochenus Epiſcopus in hæreſin aliaque crimina incidiſſet, ſimile iudicium Antiochiæ contractum

Ratio iudiciorum antiquorum eccleſiaſticorum.

eſt, teſte EVSEBIO *lib. VII. H. E. c. 27.* et de PAVLO ſententia depoſitionis lata. *Ex quo planiſſime,* ait AVCTOR anonymus *de cauſſis antiquis maior. p. 22. perſpicimus, epiſcopum criminis poſtulatum, reddere rationem villicationis ſuæ coram concilio prouinciali, et fuiſſe examini obnoxium ac cenſuræ, ceu iudicio ſubiectum, vbi criminis teſtes occurrere poterant.* Atque hæc erant *iudicia maiora*, nec vllum ſincerum antiquitatis occurrit veſtigium, Epiſcopi Romani, ceu iudicis maioris, interuenire debuiſſe auctoritatem.

Praxis antiqua iudiciorum ecclеſ. confirmata in concilio Niceno.

§. IV. Eadem praxis confirmata in *Concilio Niceno c. 5.* vbi cautum (1) vt cauſſæ depoſitionis per vnamquamque prouinciam expediantur: (2) Vt hi, qui depoſiti et eiecti eſſent, ab aliis haud reciperentur: (3) Vt per vnamquamque prouinciam bis in anno concilia celebrarentur, et ibi huiuſmodi quæſtiones diſcuterentur. Atque hoc quidem *regulariter* obtinebat: ceterum ſi grauiores adhuc motus imminebant, toti imperio vim inferentes, *extra ordinem* ſæculo IV. et ſqq. concilia *oecumenica* ab Imperatoribus conuocabantur, et in iis cauſſæ fidei controuerſæ decidebantur, maxime cum Epiſcopi Imperatorum mentibus inſinuauerant, ab Epiſcopis has lites eſſe decidendas, et *grauitatem cauſſæ* deſiderare, vt ab omnibus vndique oris Epiſcopi, ceu *iudices legitimi*, conuocarentur, quorum ſententiam Imperator poſtmodum exſecutioni mandare obſtrictus eſſet: quin etiam nonnunquam eueniebat, vt cauſſæ in iudiciis ſynodalibus diſcuſſæ in *maioribus ſynodis*, auctoritate Cæſaris collectis, retractarentur, vt vel cauſſa ATHANASII euidenter docet, conf. PETRVS de MARCA *lib. VII. de C. S. et I. c. 2.*

In cauſſis fidei grauioribus concilia vniuerſalia conuocabantur.

Occaſio prima, qua Papa cauſſis maioribus ſeſe immi-

§. V. Verum quo magis controuerſiæ ſæculo IV. inter Epiſcopos creſcerent, eo facilius Epiſcopus Romanus, occaſione opportuna ita ferente, *maiores cauſſas* ſuæ cognitioni pedeten-

detentim addicere potuit. Sed ſicuti vno ictu nulla arbor cadit, ita *per gradus* eundum erat. Præuidebat Præſul Romanus obſtacula, quæ non *vi*, ſed *aſtutia* et *clandeſtinis artibus* ſuperanda erant. Igitur his velut gradibus ad ſuprematum ſibi emergendum eſſe cenſuit. Primus gradus fuit, non *ſuo* tantum, ſed *occidentalium* etiam *epiſcoporum*, in Synodis collectorum, *nomine* prætendere, cauſſas *maiores* ſe inconſultis dirimi non poſſe. Anno 341. concilium Antiochenum damnauerat ATHANASIVM, eumque ſede ſua expulerat. ATHANASIVS Romam petiit, poſtquam hoſtes eius Euſebiani IVLIO, Romano Epiſcopo, cauſſæ arbitrium detulerant, et ab eo Synodum petierant, teſte ipſo ATHANASIO *apol. II. p. 739.* quamuis eos poſtea facti pœnituiſſet. IVLIVS nihil cunctatus, Synodum coegit, et, cognita innocentia Athanaſii, eum abſoluit, et ad communionem rurſus admiſit. Aegre id tulerunt Antiocheni, et acerbiores ad IVLIVM direxerunt litteras, in quibus ab eccleſiæ legibus alienum eſſe aiebant, iudicia orientalium retractare in concilio occidentalium. His reſpondit IVLIVS, et ſuo et Synodi nomine, et ea occaſione iudicium ſibi de *cauſſis maioribus* confirmauit. *Si, vt dicitis*, ſcribit, *omnino in culpa fuerunt, oportuit ſecundum canonem et non iſto modo iudicium fieri; oportuit ſcribere omnibus nobis* (Romæ congregatis, inter quos IVLIVS primatum tenebat) *vt ita ab omnibus, quod iuſtum eſſet, decerneretur.* Rationem hanc addit: *Epiſcopi enim erant, qui patiebantur, et non vulgares eccleſiæ, quæ iſta patiebantur, ſed quos ipſi apoſtoli ſuamet opera ad fidem inſtruxerant. Cur igitur in primis de Alexandrina ciuitate nobis ſcribere voluiſtis? an ignari eſtis, hanc conſuetudinem eſſe, vt primum nobis ſcribatur, et dehinc, quod iuſtum eſt, definiri poſſit.* Vt vero Romanæ eccleſiæ prærogatiuam ea in

ſcuit ſaeculo IV.

A Iulio I. in cauſſa Athanaſii arrepta.

Sub prætextu violatæ conſuetudinis.

re extolleret, ſtatim addit: *quapropter ſi iſtic huiuſmodi ſuſpicio in Epiſcopum concepta fuerat, id huc ad noſtram eccleſiam referri oportuit* h. e. ad ſedem Romanam. Forſan ad mentem IVLII, quæ *tecte* ſcripſerat, occultaueratque, explicuit SOCRATES *lib. II. c.* 17. aiens: *regula eccleſiaſtica interdictum eſſe, ne præter ſententiam Romani Pontificis quidquam ab eccleſia decernatur.* Sed vbinam hæc eſt regula eccleſiaſtica, hic canon? Prouocat IVLIVS ad *conſuetudinem eccleſiaſticam*, ſed vbi hæc? tantum in cerebro IVLII nata et efficta. Sane PAVLI Samoſateni depoſitio, qui Præſul in eccleſia Antiochena erat, contrarium docet, quæ *cauſſa maior* vtrique erat, ſed inconſulto Romano epiſcopo decidebatur, quod etiam agnouerunt DV PIN in *tr. de diſcipl. antiqua eccl. diſſ.* 2. *p.* 163. et SAMVEL BASNAGE *ad ann.* 342. §. 6. Equidem ſolebant Epiſcopi in ſæculis anterioribus in *cauſſis grauioribus* et *arduis* aliorum quoque explorare ſententias et conſilia, ſed non præciſe epiſcopi Romani, et præterea hæc res *arbitraria* erat, vnde nemo ſibi *ius perfectum* adſcribere poterat.

Quæ tamen non erat fundata.

Noua occaſio Pontifici ſuppeditata in concilio Sardicenſi cauſſas maiores ad ſe trahendi.

§. VI. Ita, alea ſemel iacta, non ſubſiſtendum fuit, ſed nouo gradu procedendum. Anno 347. ad finiendas diſſenſiones, quæ eccleſias afflixerant, concilium Sardicenſe indictum eſt, quo occidentales præualebant, cum plerique orientalium diſceſſerant, vnde non Synodus *œcumenica* ſed *occidentalium* dicta fuit. vid. EPIPHANIVS *hæreſ.* 71. Diſceſſus hic admodum profuit IVLIO eiusque aſſeclis, qui conſuetudinem, antea in dubium ab orientalibus vocatam, confirmandi idoneam nacti erant occaſionem. Res ex voto cedebat. Nam *can. III.* cauebatur: *quodſi aliquis epiſcoporum iudicatus fuerit in aliqua cauſſa, et putat ſe cauſſam bonam habere, vt iterum conci-*

lium

lium renouetur, ſi vobis placet, S. Petri Apoſtoli memoriam honoremur, vt ſcribatur ab his, qui cauſſam examinarunt, IVLIO *Romano Epiſcopo, et ſi iudicauerit, renouandum eſſe iudicium, renouetur, et det iudices: ſi autem probauerit, talem cauſſam eſſe, vt non refricentur ea, quæ acta ſunt, quæ decreuerit, confirmata erunt, ſi hoc omnibus placet. Reſpondet Synodus, placet.* HOSIVS, Præſes concilii, et IVLIO eo magis deditus, quod ATHANASIO fauerat, hæc omnia in orientalem dedecus fabricauerat, cui Synodus, clamoribus inconditis, facile conſentiebat, vtpote quæ ſæpius cauſſa non examinata, ſtatim plauſum dabat. Hic plus tributum IVLIO et ſucceſſoribus eius, quam antea habebant, quod HOSIVS aperte iudicauit his verbis: *Si vobis placet*, quod illuſtriſſimus Archiepiſcopus Pariſienſis MARCA *lib VIII. de C. S. et imper. c.* 3. §. 8. *ſqq* plenuis probat. Adhuc maius ius Romani aula aſſeclæ hic Pontifici datum aſſerunt, *ius* ſcil. *appellandi* ad ſedem Romanam, quod tamen Galli ægre admittunt, teſte *Eodem cit. l.* §. 12. *ſqq.* quo cum facit DV PIN *cit. l. p.* 109. Quidquid ſit, hoc expeditum eſt, Papæ hoc canone tale ius tributum eſſe in *cauſſis maioribus*, quod appellationi non abſimile videtur, vti ex *c.* 5. euidenter apparet: *Oſius epiſcopus dixit, placuit autem, vt ſi epiſcopus accuſatus fuerit, et iudicauerint congregati epiſcopi regionis ipſius, et de gradu ſuo eum deiecerint, ſi appellauerit, qui deiectus et confugerit ad epiſcopum Romanæ eccleſiæ, et voluerit ſe audiri, ſi iuſtum putauerit, vt renouetur iudicium, vel diſcuſſionis examen, ſcribere his epiſcopis dignetur, qui in finitima et propinqua prouincia ſunt, vt ipſi diligenter omnia requirant, et iuxta fidem veritatis definiant.* Sed quo minus hoc *nouum ius* in praxin deduceretur, multa obſtabant. Diſceſſerant orientales, nec hoc iugum ſibi imponi paſſi ſunt. Inde in obſeruantiam per *Quæ tamen non ſtatim in*

praxin deducta.

inſigne temporis ſpatium illud non eſt introductum, obſervante MARCA *cit. l. c. 4. ſeq.*

Noua ergo arte opus fuit, vt Sardicenſes canones in praxin deducerentur, et pro Nicænis venditarentur.

§. VII. Nouo ergo gradu opus fuit, vt felicior eſſet progreſſus. Sardicenſes canones in Romana eccleſia Nicænis adiungendi, vt horum auctoritas illis ſimul tribueretur, et nomine *Nicænorum* canonum plus roboris et virium haberent. Ni me omnia fallunt, id tentauit INNOCENTIVS I. in *epiſt.* ad VICTRICIVM Rotomagenſem epiſcopum *c.* 31. ſcribens: *ſi quæ autem cauſſæ vel contentiones inter clericos tam ſuperioris ordinis, quam etiam inferioris fuerint exortæ, vt ſecundum SYNODVM NICAENAM congregatis eiuſdem prouinciæ epiſcopis iurgium terminetur, nec alicui liceat (ſine præiudicio tamen Romanæ eccleſiæ, cui debet in omnibus cauſſis reuerentia cuſtodiri) relictis his ſacerdotibus, qui in eadem Prouincia DEI eccleſiam nutu diuino gubernant, ad alias conuolare Prouincias. Si autem MAIORES CAVSSAE in medio fuerint deuolutæ, ad ſedem Apoſtolicam, ſicut Synodus ſtatuit, et vetus conſuetudo exigit, poſt iudicium epiſcopale referantur.* Nullibi hoc Synodus *Nicæna* ſtatuit, ſed *Sardicenſis* propius huc collineat in adductis verbis, quam Nicænæ nomine indigitauit, et re vera fucum fecit. Eundem ſecutus eſt ZOSIMVS morem contra Africanos, qui ægre ferebant, iudicia a ſe legitime peracta refricari et retractari ab epiſcopo Romano. Vt itaque ſe ad cauſſam legitimaret, anno 418. miſit FAVSTINVM ad concilia Africæ, qui tale ius *canonibus Nicænis* eſſe conſtitutum, iis perſuaderet, qui id ipſum tamen in iis prorſus reperire non poterant. Tandem miſſis in orientem legatis, quo exemplaria genuina aſſeruabantur, fraus detecta et deprehenſa fuit, non in canonibus Nicænis, ſed Sardicenſibus hoc nouum ius

quæ-

quærendum eſſe, quod nec MARCA *cit. l. lib. VII. c.* 15. diffitetur.

§. VIII. Interim magna per occidentem epiſcopi Romani auctoritas fuit, quæ effecit, vt in cauſſis *dubiis arduis* et *maioribus* ſæpius *relationes* ad ipſum fierent, et de *cauſſis dubiis* conſuleretur, quod in vſus ſuos immo neceſſitatem traxit INNOCENTIVS I., vt epiſtolæ eius oſtendunt, quo ipſo nouo veluti gradu *cauſſas maiores* ad ſe traxit, ſaltim hoc effectu, vt ſine eius præſcitu nihil facile in iis definiri potuerit. Ita enim *in epiſt. ad Epiſc. Nucerianum: mirari non poſſumus dilectionem tuam ſequi inſtituta maiorum omnia, quæque poſſunt aliquam recipere dubitationem ad nos, quaſi ad caput atque ad apicem Epiſcopatus referre, vt conſulta videlicet ſedes apoſtolica ex ipſis rebus dubiis certum aliquid faciendum pronunciat.* Confirmata hæc conſuetudo eo magis eſt, quod THEODOSIVS *in l.* 45. *C. Theod. de epiſc.* et *l. 6. C. Iuſtin de SS eccleſ.* eam agnouerit, et ſimilem prærogatiuam Conſtantinopolitano conceſſerit. Verba legis hæc ſunt: *Si quid dubietatis conceſſerit, id oporteat, non abſque ſcientia viri reuerendiſſimi ſacroſanctæ legis Antiſtitis vrbis Conſtantinopolitanæ (quæ Romæ veteris prærogatiua lætatur) conuentui ſacerdotali, ſanctoque iudicio reſeruari* Tribuit idem his verbis ius Conſtantinopolitano, quod Romanus Epiſcopus ſibi vindicabat, quod an huic adeo acceptum fuerit, illi iudicare facile poterunt, qui nouerint, quanta inuidia hic illius progreſſus ſuſceperit. Interim *per indirectum* Romano Epiſcopo, ius, quod anxie antehac ambierat, confirmauit, vt tamen poſtea potius Pontifices Romani hoc reſeruatum ſibi deberi contenderint. Nam anno 578. PELAGIVS II. *epiſt.* 8. ad IOANNEM Patriarcham Conſtantinopolitanum diſertis verbis ait: *maiores vero et difficiles*

Conſultationes pontificis de cauſſis maioribus eandem promouerunt.

ficiles quaeſtiones, vt ſancta Synodus ſtatuit, et beata conſuetudo exigit, ad ſedem Apoſtolicam ſemper referantur. Si praxin trium priorum ſaeculorum intueor, relationes in *cauſſis grauioribus dubiis* frequentes erant, minime tamen vnice ad Romanum, ſed alios quoque magnae auctoritatis epiſcopos dirigebantur, quorum conſiliis eo libentius hi, qui dubiis diſtricti erant, vtebantur, cum diſciplina eccleſiaſtica non ſatis erat determinata. Ad CYPRIANVM hinc inde, etiam ab ipſa Romana eccleſia, relationes factae leguntur, nec in eo aliqua eccleſiae Romanae erat praerogatiua, multo minus *ius perfectum* inde ſibi arrogare poterat, vt conſilia eius neceſſario eſſent expetenda, vti poſtmodum Epiſcopus Romanus hoc ipſum in *neceſſitatem* traxit.

Hunc in finem ſubigendi erant Epiſcopi Metropolitani et concilia prouincialia tollenda.

§. IX. Quia tamen nihilominus, maxime in occidente, magna erat, tum Metropolitanorum, tum Synodorum auctoritas, ita vt vel illi pleraſque *cauſſas maiores* peragerent, vel in *Synodis prouincialibus*, quibus praeerant, diſcutiendas proponerent, quod plenius oſtendit MARCA *lib. VI. de C. S. et Imp. c.* §. 13. *ſqq.* nec praeterea ſatis definitum erat, quaenam eſſent maiores? (nam depoſitiones vſque ad tempora NICOLAI I. inter has haud referebantur, vel ipſo MARCA teſte *lib. VII. c.* 13. *cit. tr.* §. 8.) nouo conatu ad opus ſemel inceptum perficiendum, vel ad minimum pedetentim proferendum opus fuit. Id autem aliter fieri non potuit, quam infringendo auctoritatem Metropolitanorum et ſupprimendo concilia prouincialia. Vt prius *bona gratia* fieri poſſet, induxit, ſpe maioris conſequendae auctoritatis, Metropolitanos, vt *vicariatum* a ſe acciperent, qua eſca eo facilius capi poterant, quia Romani Epiſcopi *Patriarchalis auctoritas* per occidentem haud minima erat, indeque concludebant, ſe dignitate maiori

Hinc Metropolitanos conſtituit vicarios.

maiori munitos fore, ſi *vicariatu* hoc coruſcarent. Similis intentio fuit in *conceſſione pallii*, cum hoc non aliis, quam *vicariis* ſuis, daret, quo tandem factum, vt omnibus Metropolitanis hic *vicariatus* impoſitus ſit. Sed quid inde? ais: Scilicet poſtquam hoc *vicariatu* Metropolitani omnes decepti erant, ſe miniſtros ſedis Romanæ agnoſcere poſtea debebant, ex præſcripto eius omnia agentes, quæ antea *proprio iure* agere poterant. Inde determinauit eorum poteſtatem, et magnopere minuit, dum plura ſibi reſeruare poterat. In primis vero ſibi reſeruabat cauſſas *maiores* et *arduas*, vt hæ ſine ipſius præſcitu haud determinarentur. Docet id ipſum LEO I. in epiſtolis ad *Epiſcopum Theſſalonicenſem*, cui iam *vicariatus* ab anteceſſoribus datus erat. Ipſe LEO *in epiſt. ad Anaſtaſium* ſatis amplis verbis eius poteſtatem, vicario nomine peragendum, circumſcribit, ſed tandem reſeruat ſibi *cauſſas maiores*, et pergit: *vt enim auctoritatem tuam poni vice noſtra exercere te volumus, ita nobis, quæ illic componi non potuerint, vel qui vocem appellationis emiſerit, reſeruamus.* Id ipſum quoque repetit in *fine epiſt. ad Epiſcopos Metropolitanos per Illyrium conſtitutos*, et, *ſi quæ vero*, ſcribit, *cauſſæ grauiores vel appellationes emiſerint, eas ſub ipſius relatione ad nos mitti debere decreuimus.* In quo autem ius hoc reſeruatum conſiſteret, mox prodidit in caſu, quo ATTICVS veteris Epiri Epiſcopus quodammodo durius ab ANASTASIO habitus eſſet, et hic eo nomine querelas ad Epiſcopum Romanum detuliſſet. Redarguit eo nomine ANASTASIVM Leo *epiſt.* 48. aiens: *Nam cum maiora negotia et difficiliores cauſſarum exitus liberum tibi eſſet, ſub noſtræ ſententiæ exſpectatione ſuſpendere, nec ratio tibi nec neceſſitas fuit in id, quod menſuram tuam excederet, deuiandi.* Quia enim ATTICVS Metropolitanus erat,

exiſtimauit Pontifex, priuato ANASTASIVM iudicio nihil de ATTICO decernere debuiſſe, *praſertim*, ait, *cum etiamſi tale aliquid mereretur, exſpectandum tibi fuerat, quid ad tua conſulta reſcriberem.* Et paullo poſt: *Etiamſi quid graue et intolerandum committeret, noſtra erat exſpectanda cenſura, vt nihil prius ipſe decerneres, quam, quod nobis placeret, agnoſceres. Vices enim noſtras ita tua credidimus caritati, vt in partem ſis vocatus ſollicitudinis, non in PLENITVDINEM POTESTATIS.* Quæ pars autem commiſſa eſſe cenſeatur, explicat IVO *epiſt.* 59. *quæ etiam pars, ait, modo plus, modo minus recipit pro arbitrio committentis.* Ita Pontifex ad *cauſſas maiores*, quidquid libitum erat, trahere poterat, id quod poſtmodum quoque maiori perfecit audacia, poſtquam *conciliorum prouincialium* auctoritas prorſus erat infracta, quod quibus artibus factum fuerit, docet MARCA *lib. VI. de C. S. et Imp. c.* 14. *et* 15.

Multum præſidii Pontifici attulit collectio Pſeudo-Iſidori ad cauſſas maiores ſibi aſſerendas.

§. X. Non leue porro huic doctrinæ ſæculo IX. addidit augmentum collectio ſpuria PSEVDO-ISIDORI, quæ ex ſpuriis epiſtolis Pontificum, qui ante SIRICIVM V. erant, conflata eſſet, a NICOLAO I. tamen magnopere commendata, vindicata, et in praxin deducta eſt. Promotor hic fuit inſignis Pontificiæ maieſtatis; cui admodum inſeruiebat hæc collectio, quam eo facilius in praxin deducere poterat, quod antiquitatis eccleſiaſticæ ignorantia vbique regnaret. Hac collectione ſpeciatim cautum fuit, *cauſſis maioribus* quoque accenſendam eſſe *depoſitionem epiſcoporum*, adeoque eam non poſſe abſque Epiſcopi Romani præſcitu fieri, quod declarat DV PIN *cit. l. p.* 134. *ſeq.* immo vnice inde petendam hanc praxin eſſe docet MARCA Archiepiſcopus Pariſienſis *lib. VII. de C. S. et I. c.* 25. *ſqq.* Hac occaſione paullisper *cauſſæ maiores* magis magisque determinatæ ſunt,

Inde depoſitiones Epiſcoporum cauſſis maioribus annumeratæ.

ſunt, quod Pontifex eo facilius poſt hæc tempora facere poterat, vbi Metropolitanorum eſt infracta auctoritas, concilia prouincialia ſuppreſſa, et ſpurii canones eccleſiis obtruſi, ex quibus quæuis audere poterat. Acceſſit *nunciorum* per omnes eccleſias et diœceſes miſſorum auctoritas, qui omnia ad ſe rapere, et ſub *hoc prætextu* quæuis ſibi vindicare ſtudebant, quæ hic latius exſequi non vacat. Paucis tantum hic referam, quæ ex *ſpuria collectione* ISIDORI huc faciunt. In *epiſt.* FELICIS *I. 3.* apud BLONDELLVM *in Pſeudo-Iſidoro p. 363.* hæc leguntur: *Semper enim dubia et maiora negotia terminum ab hac ſ. ſede a tempore Apoſtolorum, qui eam ſuis documentis inſtruxerunt, accipere conſueſcunt.* In Epiſtola IVLII I. apud EVNDEM *p. 447.* hoc confirmat impoſtor: *ad eam* (eccleſiam Romanam) *quaſi ad matrem atque apicem omnes maiores eccleſiæ cauſſæ et iudicia epiſcoporum recurrunt, eiusque ſententia iuſta terminum ſumunt, quatenus non ita proterue et pro lubitu cuiuſpiam ſuo proprio arbitrio quibusque metropolitanis, ſicut agere ſolebant, liceat inconſulto Romano Pontifice aut maiores eccleſiæ cauſſas deturbare, aut epiſcopos damnare.* Similis tenoris eſt DAMASII II. *epiſt.* 4. apud EVNDEM *p. 525. cui Epiſcoporum iudicia atque maiores cauſſæ, ſicut paullo ſuperius memoratum eſt, reſeruatæ ſunt, atque ſolidatæ.* In antecedentibus, ad quæ prouocat impoſtor, dixerat: *Sed definire eorum atque eccleſiaſticorum ſummas querelas cauſſarum vel damnare epiſcopos abſque huius ſanctæ ſedis auctoritate, minime licet.* In SIXTI II. *epiſt.* apud EVNDEM *p. 344.* hæc impoſtor repetit aitque: *Cuius depoſitio in omnes maiores eccleſiaſticas cauſſas et epiſcoporum antiqua iudicia Apoſtolorum eorumque ſucceſſorum atque canonum auctoritas reſeruauit.* Idem hoc confirmare debuit MARCELLVS apud EVNDEM *p. 393.* his verbis: *ne ab eius* (ſedis

Digitizec

Romanæ) *diſpoſitione vos deuiare oportet, ad quam cuncta maiora ecclesiaſtica negotia, (diuina diſponente gratia) iuſſa ſunt referri, vt ab ea regulariter diſponantur, a qua ſumſere principia.* MELCHIADES in primis *in epiſt. ad Hiſpan. epiſc.* apud BLONDELLVM *p.* 426. grauiter hoc vrget, quod abſque ſedis Romanæ conſenſu nullus epiſcopus deponi debeat, cur? reſpondet impoſtor: *Quod DEI ordinatione taliter ordinatum eſſe credimus, ne omnes poſterorum cuncta ſibi vindicarent, ſed ſemper maiores cauſſæ, ſicut ſunt epiſcoporum et potiorum curæ negotiorum, ad vnam B. principis Apoſtoli in Petri ſedem confluerent, vt inde ſuſcipiant finem iudiciorum, vnde acceperunt initium.* Ne vero vnice Pſeudo-Pontificum aſſertio hæc conſtarent auctoritate, addenda fuit aliorum Epiſcoporum confeſſio roborans. Hanc impoſtor prodidit *in epiſt. Aegyptiorum* ad FELICEM II. apud BLONDELLVM *p.* 491. aientium: *quod nos nequaquam vobis inconſultis agere præſumimus, omnibus quippe iubentibus abſque Romano nos de maioribus cauſſis nihil debere decernere Pontifice.* Aiunt porro in ſqq. in concilio Nicæno (quod apertiſſimum falſum eſt) eſſe conſtitutum, *non debere abſque Romani Pontificis ſententia concilia celebrari, nec epiſcopos damnari,* quod hæ duæ cauſſæ maiores eſſent. En impoſtoris audaciam! ſed fere tædium me cepit, omnes referre quiſquilias, quæ hanc ſententiam magnopere ſtabilierunt, qua poſtmodum Pontifices omnia pro lubitu ad ſua referuata trahere voluerunt, temporum barbarie iis admodum ſuffragante.

Denique legiſtarum regula multum profuit Pontifici, cauſſas maiores maximos rcq irere iudices.

§. XI. Rebus ita ſtantibus, Pontifex ſub prætextu *maiorum cauſſarum* priuatiue plura ad ſuam traxit cognitionem, in primis vero INNOCENTIVS III. quod epiſtolæ eiuſdem produnt. Erant eo tempore Legiſtarum Brocardica iam in omnium ore, quæ etiam Pontifex, quatenus ſibi conducere videban-

bantur, in ſuos applicauit vſus. Audiuerat, regulam iuris eſſe, *maiores cauſſas maximos requirere iudices*, ſe vero omnium iudicum eccleſiaſticorum *maximum* eſſe credebat, ita etiam, hac regula ſuffultus, plura reſeruata ſibi tribuebat, quæ olim eius priuatiuæ diſpoſitioni haud erant ſubiecta. Sic itaque, vt ex pluribus quaſdam referam, inter maiores cauſſas retulit (1) cauſſas fidei, vt ipſe profitetur in *c.* 3. *X. de baptiſm.* (2) poſtulationum, vt *tot. tit. X. de poſtul. præl.* docet. (3) tranſlationum, quod pluribus argumentis euincere conatur in *c.* 2. *X. de tranſlat. epiſc.* contra antiquam praxin, aſſertam a PETRO de MARCA *lib. VI. de C. S. et I. c.* 8. *§. 6. ſqq.* (4) depoſitionum epiſcoporum, quod poſt aſſertam quiſquiliis hiſce auctoritatem demum inualuiſſe, clariſſimis oſtendit documentis IDEM *lib. VII. c.* 25. *ſqq.* (5) vnionum eccleſiarum cathedralium, *c.* 1. *X. ne ſede vac.* (6) exemtionum epiſcoporum, (7) confirmationum epiſcoporum, contra *c.* 4. *concil. Nic.* (8) diſpenſationum in caſibus grauioribus, (9) canoniſationum, (10) abſolutionum in grauioribus delictis, quæ pœnitentiariæ Romanæ magnum quotidie quæſtum præbent. Sic hæc doctrina de *cauſſis maioribus et arduis* peperit Romano Pontifici et auctoritatem et quæſtum, quamuis ſi artes relatas conſideramus, de *tituli iuſtitia* omnino deſperare cogatur.

Inde plura reſeruata Papa ſibi aſſeruit.

§. XII. Quæ cum ita ſint, euidens eſt, cauſſas eccleſiaſticas duplici ſenſu et reſpectu *arduas maioresque* dici: (1) reſpectu cauſſarum *ciuilium* et *ſecularium*, quo intuitu in vniuerſum *maiores* dicuntur, prout *c.* 1. §. 17. *et* 19. iam notaui, vel ea ratione, quod ſecularia negotia tantum *terrena, caduca et mundana*, vt loquuntur, reſpiciant, *ſpiritualia* autem, quorſum etiam in genere *eccleſiaſtica* referunt, obiectum nobilius et præ-

Duplici modo cauſſæ eccleſiaſticæ maiores et arduæ dicuntur.

ſtantius habeant, et ad eccleſiam, quæ non eſt de hoc mundo, pertineant. Nec ſecus de bonis et iuribus eccleſiaſticis dicendum eſſe cenſuere, quippe quæ poſſeſſiones ipſius DEI eſſe dicuntur in *c.* 65. *C.* 16. *q.* 1. et iuris diuini, vt cenſet CARPZOV. *lib. II. iuriſpr. conſ. def.* 299. *n.* 1. adeoque *ſpiritualem qualitatem* habere videntur, per reſpectum ad miniſterium in ſe ſpirituale, et ad ius illa exercendi, vt loquitur PETRVS L'EVRENIVS *P. I. fori benef. qu.* 3. Loquor ex hypotheſi Pontificiorum, cui noſtrates admodum addicti ſunt, vt vel concluſiones euincunt. (2) Reſpectu *iudicis eccleſiaſtici*, qui, prout maior ceteris clericis cenſetur, ita cauſſas quaſdam eccleſiaſticas *priuatiue* ſibi adſcripſit, maioresque ceteris eſſe voluit, quo intuitu illæ cauſſæ eccleſiaſticæ *minores* eſſe dicuntur, quæ iudicibus minoribus eccleſiaſticis etiam competunt, quod in §. *anteced.* eſt explicatum. Quamuis enim omnes cauſſæ eccleſiaſticæ dicantur maiores *reſpectu ſecularium*, inter ſe inuicem tamen aliæ aliis maiores creduntur, quod ex *dignitate iudicis* potiſſimum æſtimatur. Hiſce præſuppoſitis videamus quaſdam concluſiones.

Vſus regulæ quod cauſſæ maiores magnos requirant iudices.

§. XIII. Quod *cauſſæ maiores maximos requirant iudices*, potiſſimum clerici in foris ſuis vrgere ſolent: ad formam enim antiqui fori Romani habent *maiores*, habent etiam *minores* iudices, adeo vt de *maioribus κατ' ἐξοχὴν* talibus ſolus Pontifex hodie iudicet *c.* 59. *in f. X. de appell. c.* 3. *X. de baptiſm.* prout antea ſatis iam explanatum eſt. Sed etiam in genere *iudices eccleſiaſtici* maiores eſſe cenſentur, quouis *iudice laico*, et *forum eccleſiaſticum* dignius iudicio *ſeculari*, prout adhuc ipſe BERLICH. *P. II. dec.* 220. *n.* 4. philoſophatur. Nec hoc, vt putant, abſque ratione. Eſt enim eccleſiaſtica reſpublica ſeculari præferenda, et hæc illi ſubiicienda, ſicuti corpus ſubiicitur animæ, et hæc illi præfertur,

tur, iuxta philoſophiam INNOCENTII III. in *c. 6. X. de maior. et obed.* et BONIFACII VIII. in *extrau. comm. vnam ſanctam eod.* Inde concludunt, conſiſtoria ſeu iudicia eccleſiaſtica eſſe iuris diuini et neceſſario conſtituenda, cum cauſſæ maiores maiores etiam iudices poſtulent. Ita cenſent CARPZOV. *lib. I. iuriſpr. conſ. def. II.* et WEBERVS *de iur. conſiſt. c. V. ſect. 1. ſqq.* cuius contrarium tamen multis argumentis docui in *iur. eccleſ. proteſt. lib. I. tit. 28. §. 17. ſqq.* quæ hic non repetam. Nec quæuis eccleſiaſtica in conſiſtoriis determinari poſſunt, ſed *maiora* ad ſanctius conſilium principis referuntur, maxime illa, quæ poſtea vt *maiora* ſibi reſeruauit, et Epiſcopi ſuis conſiſtoriis denegarunt, prout infra dicam.

In cauſſis eccleſiaſticis maior probatio deſideratur.

§. XIV. Et quia cauſſæ eccleſiaſticæ et matrimoniales *maiores* omnibus ſecularibus cauſſis cenſentur, ita in iis etiam probationem luce meridiana clariorem deſiderant. Neque enim (*a*) in iis iuramentum teſtibus remitti poſſe cenſent, cum MEVIO P. *IV. deciſ. 76.* GAILIO *I. Obſ. 101. n. 6.* et BRVNNEMANNO *lib. III. iur. eccl. c. 4. §. 13.* quod tamen ad iura *patronatus* et *ſponſaliorum* referendum haud eſſe arbitror, cum vtrobique *intereſſe mere priuatum* concurrat, et qui in ſponſalibus aliud conſtituunt, falſo ſupponunt, ſponſalia iam eſſe quoddam matrimonium et ſpiritualem cauſſam. Nec (*b*) vnus teſtis in iis probat, quippe quæ magni dicuntur eſſe præiudicii CARPZOV. *P. III. iuriſpr. Conſiſt. def. 42. n. 11.* Immo quamuis (*c*) cauſſæ *matrimoniales* ſummario proceſſu peragantur, ſicuti etiam ceteræ eccleſiaſticæ, notante BERGERO *in elect. proc. matrim. §. 9.* ponderi probationis tamen inde nihil detrahitur, ſicut in criminalibus *probatio maxima* deſideratur, vtut in inquiſitorio proceſſu agatur ſummariter. conf. IDEM *cit. l. §. 10.* Immo ordi-

ordinarium proceſſum fieri cenſet MEVIVS *P. IV. deciſ. 108. n. 10. quoties intricata et ambigua litis non poſſunt explicari, vt difficultas negotii pro veritate indaganda eum exigit.* Inde quoque (*d*) *iuramentum ſuppletorium* ne quidem in cauſſis ſponſaliorum locum habere volunt, cum hæ cauſſæ criminalibus æquiparentur. HEIGIVS P. *II. qu. 16. n. 26. ſqq.* BRVNNEM. *lib. II. c. 17. §. 15.* niſi plus quam ſemiplene probatum fuerit. IDEM *de proc. ciuili c. XXIII. n. 28. et lib. III. iur. eccleſ. c. 5. §. 6.* SCHRADER *de cauſ. for. eccleſ. c. 1. tit. 1. §. 15. lit. b.* Sed rectius cum BERGERO *cit. l. §. 33.* aliisque contrarium ſtatuendum eſſe putaui *in iure eccl. proteſt. lib. II. tit. 24. §. 75.* oſtendens fallax eſſe argumentum, quod a cauſſis criminalibus deſumitur, et erronee etiam ad ſponſalia trahitur, cuius ſententiæ falſa ſuppoſita detexi in diſſ. de *incongrua praxi diſtinct. ſponſal. de præſenti et de futuro in foris proteſt.* Ex eodem fundamento quoque (*e*) nec iuramentum *contra ſponſalia* deferri poſſe cenſent, cuius contrarium plenius oſtendi in *cit. tract. §. 61. ſqq.* Falſum vtique ſuppoſitum eſt, ſponſaliorum cauſſam æque arduam eſſe, vt *matrimonialem*, immo criminalibus comparandam. Sit *matrimonium* res ardua, vt ait BRVNNEM. *lib. II. iur. eccleſ. c. 17. §. 15. in f.* ſponſalia tamen non ſunt ipſum matrimonium, et, quod Pontificii de ſponſalibus *de præſenti* adſtruunt, nobis incognitum eſt, qui talia ſponſalia non habemus. An ergo etiam (*f*) in cauſſa ſuper beneficiis eccleſiaſticis iuramentum deferri poteſt? negat hoc BRVNNEM. *lib. III. iur. eccl. c. 5. §. 4.* et admitti poteſt, quatenus quæſtio *officia ipſa ſacra* eccleſiaſtica reſpicit, vel *bona eccleſiaſtica*, vt in præiudicium eccleſiæ delatio non valeat, quamuis in præiudicium deferentis, præbendati ſcilicet, valere queat.

§. XV.

§. XV. Sed etiam illam regulam, quod *cauſſa minor non faciat præiudicium maiori, ſed potius hæc illam ad ſe trahat*, egregie in ſuos vſus conuerterunt Pontificii. Quæſtiones eccleſiaſticæ generatim *maiores* cenſentur *ſecularibus*: quodſi itaque coram conſiſtorio de *cauſſa eccleſiaſtica* principaliter agitur, iudex eccleſiaſticus etiam de *ciuili incidente*, tanquam *cauſſa minore*, recte cognoſcit, veluti de *dote*, ſi *cauſſa diuortii* eſt deciſa, *c. 3. X. de donat. int. vir. et vx.* B. STRYK *de cauſ. incidente c. III. §. 5. ſqq.* et ita *cauſſa maior* eccleſiaſtica ciuilem, tanquam *minorem*, ad ſe trahit, vtut alias iudex eccleſiaſticus in *ciuili* ſit incompetens, ſi de ea principaliter *inter laicos* agitur. Sed vice verſa ſi *cauſſa ciuilis* in foro *ſeculari* peragitur principaliter, cui incidit *quæſtio eccleſiaſtica*, veluti ſi de ſucceſſione lis mota eſt, et actori quæſtio de *natalibus legitimis* mouetur, hæc cauſſa, licet *incidens* ſit, ad iudicem eccleſiaſticum remitti debet, vt ibi excutiatur, quia, vt aiunt, *cauſſa minor non trahit ad ſe cauſſam maiorem*, nec iudex *laicus*, vtpote *minor* et *inhabilis*, in cauſſa tam ardua iudicare poteſt. *c. 3. X. de ord. cognit. c. 4. X. de appell. c. 5. X. qui fil. ſunt. legit.* Ita philoſophantur Pontificii et plerique noſtratium cum illis, non alio ex fundamento, quam quod partim cauſſæ eccleſiaſticæ ſint maiores ſecularibus, partim, quod iudex laicus ſit *inhabilis* in cauſſis ſpiritualibus, vt ne quidem *incidenter* de eis decernere poſſit. Equidem pro praxi communi allegari poſſet, quod iudex laicus ſpeciem illius iuriſdictionis non habeat, ad quam cauſſæ eccleſiaſticæ deciſio ſpectat, id quod tamen quoad *fori competentiam* omnino deſideratur. Verum hoc admitto, ſi *principaliter* de *cauſſa eccleſiaſtica* agere vellet, applicari autem non poſſe cenſeo ſaltim ſecundum ſententiam iuris communis,

Iudex eccleſiaſticus vt maior de cauſſa ſeculari in incidente vt minore iudicare poteſt.

ordinarium proceſſum fieri cenſet MEVIVS *P. IV. deciſ. 108. n. 10. quoties intricata et ambigua litis non poſſunt explicari, vt difficultas negotii pro veritate indaganda eum exigit.* Inde quoque (*d*) *iuramentum ſuppletorium* ne quidem in cauſſis ſponſaliorum locum habere volunt, cum hæ cauſſæ criminalibus æquiparentur. HEIGIVS *P. II. qu. 16. n. 26. ſqq.* BRVNNEM. *lib. II. c. 17. §. 15.* niſi plus quam ſemiplene probatum fuerit. IDEM *de proc. ciuili c. XXIII. n. 28. et lib. III. iur. eccleſ. c. 5. §. 6.* SCHRADER *de cauſ. for. eccleſ. c. 1. tit. 1. §. 15. lit. b.* Sed rectius cum BERGERO *cit. l. §. 33.* aliisque contrarium ſtatuendum eſſe putaui *in iure eccl. proteſt. lib. II. tit. 24. §. 75.* oſtendens fallax eſſe argumentum, quod a cauſſis criminalibus deſumitur, et erronee etiam ad ſponſalia trahitur, cuius ſententiæ falſa ſuppoſita detexi in diſſ. de *incongrua praxi diſtinct. ſponſal. de præſenti et de futuro in foris proteſt.* Ex eodem fundamento quoque (*e*) nec iuramentum *contra ſponſalia* deferri poſſe cenſent, cuius contrarium plenius oſtendi in *cit. tract. §. 61. ſqq.* Falſum vtique ſuppoſitum eſt, ſponſaliorum cauſſam æque arduam eſſe, vt *matrimonialem*, immo criminalibus comparandam. Sit *matrimonium* res ardua, vt ait BRVNNEM. *lib. II. iur. eccleſ. c. 17. §. 15. in f.* ſponſalia tamen non ſunt ipſum matrimonium, et, quod Pontificii de ſponſalibus *de præſenti* adſtruunt, nobis incognitum eſt, qui talia ſponſalia non habemus. An ergo etiam (*f*) in cauſſa ſuper beneficiis eccleſiaſticis iuramentum deferri poteſt? negat hoc BRVNNEM. *lib. III. iur. eccl. c. 5. §. 4.* et admitti poteſt, quatenus quæſtio *officia ipſa ſacra* eccleſiaſtica reſpicit, vel *bona eccleſiaſtica*, vt in præiudicium eccleſiæ delatio non valeat, quamuis in præiudicium deferentis, præbendati ſcilicet, valere queat.

§. XV.

Iudex eccleſiaſticus vt maior de cauſſa ſeculari in incidente vt minore iudicare poteſt.

§. XV. Sed etiam illam regulam, quod *cauſſa minor non faciat præiudicium maiori, ſed potius hæc illam ad ſe trahat*, egregie in ſuos vſus conuerterunt Pontificii. Quæſtiones eccleſiaſticæ generatim *maiores* cenſentur *ſecularibus*: quodſi itaque coram conſiſtorio de *cauſſa eccleſiaſtica* principaliter agitur, iudex eccleſiaſticus etiam de *ciuili incidente*, tanquam *cauſſa minore*, recte cognoſcit, veluti de *dote*, ſi *cauſſa diuortii* eſt deciſa, *c. 3. X. de donat. int. vir. et vx.* B. STRYK *de cauſ. incidente c. III.* §. *5. ſqq.* et ita *cauſſa maior* eccleſiaſtica ciuilem, tanquam *minorem*, ad ſe trahit, vtut alias iudex eccleſiaſticus in *ciuili* ſit incompetens, ſi de ea principaliter *inter laicos* agitur. Sed vice verſa ſi *cauſſa ciuilis* in foro *ſeculari* peragitur principaliter, cui incidit *quæſtio eccleſiaſtica*, veluti ſi de ſucceſſione lis mota eſt, et actori quæſtio de *natalibus legitimis* mouetur, hæc cauſſa, licet *incidens* ſit, ad iudicem eccleſiaſticum remitti debet, vt ibi excutiatur, quia, vt aiunt, *cauſſa minor non trahit ad ſe cauſſam maiorem*, nec iudex *laicus*, vtpote *minor* et *inhabilis*, in cauſſa tam ardua iudicare poteſt. *c. 3. X. de ord. cognit. c. 4. X. de appell. c. 5. X. qui fil. ſunt. legit.* Ita philoſophantur Pontificii et plerique noſtratium cum illis, non alio ex fundamento, quam quod partim cauſſæ eccleſiaſticæ ſint maiores ſecularibus, partim, quod iudex laicus ſit *inhabilis* in cauſſis ſpiritualibus, vt ne quidem *incidenter* de eis decernere poſſit. Equidem pro praxi communi allegari poſſet, quod iudex laicus ſpeciem illius iurisdictionis non habeat, ad quam cauſſæ eccleſiaſticæ deciſio ſpectat, id quod tamen quoad *fori competentiam* omnino deſideratur. Verum hoc admitto, ſi *principaliter* de *cauſſa eccleſiaſtica* agere vellet, applicari autem non poſſe cenſeo ſaltim ſecundum ſententiam iuris communis,

ſi *incidenter* de ea agitur, quia etiam iudex de *quæſtione incidente minore* iudicare poteſt, licet alias eam ſpeciem iuriſdictionis non habeat, ad quam ea pertinet per *l. 3. C. de iudic. l. 1. C. de ordin. iudic.* Ergo ſine dubio aliunde ratio decidendi petenda, ex illo ſcilicet fonte, quem antea aperui. Sic etiam Pontificii ſub prætextu *peccati* vel *iuramenti*, tanquam *cauſſæ maioris*, quaſuis ciuiles cauſſas ad ſe traxerunt, de quo iam olim maiores noſtri conqueſti ſunt in *centum grauamin. Pontifici* oblatis §. 9.

In conceſſione generali cauſſarum eccleſiaſticarum non cenſentur conceſſa ardua.

§. XVI. Sed etiam eam in *cauſſis eccleſiaſticis* regulam adhibent, quod in *conceſſione generali non cenſeantur comprehenſa ardua.* Vicariis et officialibus epiſcoporum conceſſa eſt *iuriſdictio eccleſiaſtica*, ſub qua Pontificii re vera omne *ius circa ſacra* complecti ſolent. Inde concludit ENGEL *ad tit. de offic. vicar. n. 10.* officialem omnem poteſtatem epiſcopi explicare poſſe, niſi probetur exceptio, *vel cauſſæ ſint arduæ et magni præiudicii, quæ Epiſcopus veroſimiliter nollet ſine ſuo præſcitu expediri.* Nata inde plura ſunt *reſeruata epiſcopalia*, officialibus denegata, in quæ longa ſerie inquirit PETRVS LEVRENIVS *in tr. de Vicario epiſcop.* quæ vt hoc loco referantur, a meo ſcopo alienum eſt, qui tantum applicationem doctrinæ huius de *cauſſis maioribus* per indicem quaſi demonſtro. Potiora capita *cauſſarum arduarum* vel *maiorum*, epiſcopo reſeruatarum, recenſui *in iur. eccl. Prot. lib. II. tit. 28. §. 10.* Neque vero hæc doctrina otioſa eſt, ſed potius ſimul limites noſtrorum conſiſtoriorum oſtendit, quippe quæ fabricata ſunt ad formam iudiciorum eccleſiaſticorum catholicorum, ita vt quæ ibi reſeruata ſunt Epiſcopo, etiam Principum noſtrorum cognitioni reſeruata, eisque ſimul *cauſſæ maiores* papales adſcriptæ ſunt, quod

Prin-

Princeps, vt quidam loqui amant, ſit Papa in ſuo territorio, quæ ratio, licet non adeo probanda ſit, fontem tamen aperit, vnde vera origo inſtitutorum eccleſiaſticorum in eccleſiis forisque Proteſtantium capienda et trahenda ſit.

In eccleſiaſticis cauſſis multa contra ordinariam iuris rationem admittuntur.

§. XVII. Similiter etiam regula vltima, *c. 1. in f.* adducta in cauſſis eccleſiaſticis ſuum vſum habet. Senſus eius eſt, *quod in arduis multa contra ordinariam iuris rationem admitti et decerni debeant.* Præſertim in *matrimonialibus* vſum hæc regula habet, quem fuſius oſtendit BERGERVS *in elect. proceſſ. matrim.* In iis enim (1) in primo termino deſideratur perſonalis comparitio **zum Verhör**, nec procurator admittitur, qui tamen poſtea, **wenn die Partheyen zum Verfahren citiret werden**, admittitur, ſi ſpeciali mandato inſtructus, quod *grauitas cauſſæ* expoſcit, vt generale non ſufficiat. MEV. *P. 8. deciſ. 217.* BERGER *cit. l. §. 16. in f.* (2) In iis, vt et aliis ſpiritualibus cauſſis, minor perſonam habet ſtandi in iudicio legitimam *c. 3. de iudic. in 6.* ad quam etiam ſine *curatore* procuratorem conſtituere poteſt per *cit. c. 3.* (3) Octiduum Saxonicum, quod oblationi ad iuramentum præſtandum præfinitum eſt, in his non attenditur; MARTIN. *ad proc. Sax. tit. 18. §. 9. n. 76.* Nec (4) terminus probatorius in his ſtricte obſeruatur, qui licet ſua natura peremtorius ſit, non tamen facultatem probandi adimit. BRVNNEM. *lib. III. iur. eccleſ. c. 4. §. 20.* Immo etiam (5) poſt concluſionem in cauſſa et poſt publicatas atteſtationes adhuc probatio integra eſt. BERGER *cit. l. §. 40.* Quin quod (6) nec rem iudicatam impedire exiſtiment, quominus cauſſæ eccleſiaſticæ et matrimoniales de nouo ſub examen iudiciale reuocari poſſint, quod tales ſententiæ nunquam in rem iudicatam tranſeant, quam doctrinam latius examinaui in *iur. eccl. Proteſt.*

lib. II. tit. 27. §. 41. ſqq. Similiter (7) idem de *confeſſione*, iudiciali licet, ſtatuunt, vt contra matrimonium adeo valere nequeat, quo minus deinceps queat reuocari BERGER *cit. l.* §. *48.* etc.

In cauſſis ecclesiaſticis multa circumſpectione opus eſt.

§. XVIII. Denique in cauſſis eccleſiaſticis tanquam arduis *multa circumſpectione* opus eſſe, etiam facile conſtat, quod potiſſimum eo caſu, quando ad diuortium ob *deſertionem* vel *adulterium* agitur, attendendum eſt. Recte enim ait B. STRYKIVS in *tr. de diſſenſ. ſponſal. ſect. VI. §. 38. dum malitioſa deſertio res admodum ardua ſit, criminalique cauſſæ comparetur, caute ſane et circumſpecte agendum, nec nimiopere properandum, ſed antequam deſerta pars ad proceſſum admittatur, omnes circumſtantiæ quam diligentiſſime ponderandæ.* Addit ſubinde rationem hanc: *Et hoc tum ob graue præiudicium, quod imminet matrimonio, æque ac perſonis coniugatis, tum ob exitum, qui criminalis eſt, propter pœnam, quam incidit perſona deſertoris.* Illuſtrabo hoc ſententia, quam ill. Facult. Iurid. huius loci Menſ. Febr. huius anni tulit: Auf implorations-Schrift, beſchuldigten Ungehorſam, und erfolgte Geſetze in Sachen C. F. L. imploranten an einem und L. I. G. imploraten am andern Theil erkennen etc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht, daß geſtalten Sachen nach imploratinne auf anderweit vorgehende Ladung ſub pœna confeſſæ et conuictæ zu erſcheinen und ihres Einwendens ohngehindert auf die Klage ſich einzulaſſen ſchuldig, ſie thue nun ſolches oder nicht, ſo ergehet alsdenn, wegen der gebetenen Eheſcheidung halber, was recht iſt.

Rationes decidendi.

Ob wohl aus den Acten zu befinden, daß imploratinne ihren

ihren Mann heimlich verlaſſen, und als derſelbe hierauf ex capite malitioſæ deſertionis geklaget, ſie nicht allein zu zweyen unterſchiedenen malen peremtorie citiret, und ihr ſolche citation jederzeit richtig inſinuiret, ſondern auch die Ungehorſams-Beſchuldigung gebührend eingebracht worden, alſo bewandten Umſtänden nach die Verſchickung der acten zum Spruch Rechtens endlich erkant werden müſſen, wobey denn abermahl die implorantinne, ob wohl ſie zu unterſchiedenen mahlen, ad videndum inrotulari acta, citiret iſt, beſtändig auſſengeblieben, und perſeuerantiſſimum animum contumaciam continuandi an den Tag geleget, es dahero das Anſehen gewinnen möchte, als wenn ſie ſo fort pro malitioſa deſertrice gehalten, und der Ehe halber implorant von ihr geſchieden werden könne, in mehrerer Erwegung der in ihrem Nahmen in termino inrotulationis erſcheinende curator K. zwar exceptionem fori incompetentis opponiret, ſolche doch aperte friuola, und deßwegen verworffen iſt, angeſehen, wenn ſie die ſæuitien-Klage gegen ihren Mann anſtellen will, ſie ſolches bey dem conſiſtorio zu B. als woſelbſt er ſein forum hat, allerdings zu thun pflichtig iſt.

Dieweil aber dennoch in Sachen, welche die Scheidung der Ehe betrift, ſehr behutſam zu verfahren, und dieſelbe als eine cauſſa ardua et magni præiudicii, die zugleich das Gewiſſen mit betrift, billig anzuſehen iſt, adeo vt etiam criminali cauſſæ comparetur.

KITZEL *in Syn. matrim. c. 10. th. 17. lit. d. e.*

tum ob graue præiudicium, quod imminet matrimonio, ac perſonis coniugatis, tum ob exitum, qui criminalis eſt, propter pœnam, quam incidit perſona deſertoris.

MEV. *P. 4. deciſ. 7. n. 5.*

Dannenhero ob wohl die imploratinne gebührend und peremtorie citiret, dennoch dabey zu erwegen iſt, daß ſie nicht allein poſt ſecundam citationem ſchriftlich eingekommen, und daß ſie keine malitioſa deſertrix ſey, proteſtiret, ſondern auch überdem in termino inrotulationis durch ihren curatorem ſich geſtellet, und exceptionem fori incompetentis opponiret, welche ob ſie wol nicht fundiret, dennoch verhindert, daß man in tam ardua cauſſa, in qua etiam cauſſa fatua excuſare ſolet, nicht ſo fort nach dem rigore iuris verfahren, und die Eheſcheidung erkennen möge, zumahl eines Theils in tam parua mora dem Imploranten kein groſſes præiudicium zu wächſet, andern Theils die imploratinne, wenn ſie ſub pœna confeſſæ et conuictæ und zwar unter commination, daß wenn ſie nicht erſcheinen würde, ſie alsdenn pro malitioſa deſertrice gehalten werden ſolle, nochmahls citiret wird, keine fernere Entſchuldigung, und daß man præcipitanter die Eheſcheidung erkannt, vorwenden mag, vielmehr daraus, daß ihre exceptio ungegründet ſey, zur Gnüge erkennen wird, ſo hat geſchehener maſſen von uns erkannt werden müſſen.

CAPVT IV.

DE

CAVSSIS ARDVIS FEVDALIBVS ET PVBLICIS.

ARGVMENTVM.

§. *I. Non omnes cauſſæ feudales arduæ ſunt, II. nec recte cauſſis ſtatus annumerantur. III. An in illis quis compelli poſſit ad procuratorem conſtituendum. IV. An mandatum ſpeciale deſiderent? V. VI. An mandatum cum libera ad illas extendatur? an præſumtum ſufficiat? VII. An examen teſtium in illis alteri recte committatur? VIII. Admittunt ſuppletorium. IX. De vſu ſacramen-*

mentalium in feudalibus. X. Cauſſæ feudales arduæ æſtimandæ ex grauiori præiudicio, XI. ex qualitate feudorum. Feuda regalia eo pertinent. XII. De iure vicariorum Imp. circa ea. An feuda comitum conferre poſſint? XIII. Thulemarii ſententia examinatur. XIV. An Vicariis cognitio de feudis maioribus competat? XV. An Iudicio principum locus ſit in litibus de feudis maioribus? XVI. In cauſſis publicis grauioribus Imperator conſenſum electorum requirere obligatur. Quæ cauſſæ publicæ maiores dicendæ ſint? XVII De relatione Imperatori in cauſſis grauioribus a iudicio aulico facienda. XVIII. In banno, erga ſtatum imperii decernendo, omnium Imperii ſtatuum conſenſu opus eſt. XIX. Quorum conſenſu opus ſit in feudis maioribus apertis conferendis.

§. I.

In genere quaſuis *cauſſas feudales* arduas maioresque dici, iam *cap. I. §. 20.* obſeruaui, ſimul tamen addidi, ſolidum vix fundamentum huic ſententiæ ſubſterni poſſe. Neque enim cauſſæ feudales *ex ſe et ſua natura* tale præiudicium, vt *criminales*, habent, neque omnium feudorum vna eademque eſt ratio, ſed ſi *arduis*, ſi *maioribus* cauſſis annumeranda ſunt, id non ex natura feudis propria, ſed aliunde repetendum, h. e. ex *præiudicio ſummo*, quod cauſſæ feudali *quandoque* adeſſe poteſt. Adeoque cauſſæ feudales poſſunt eſſe *arduæ* et *maiores*, poſſunt etiam eſſe *mediocres*, nec adeo magni ponderis, immo *minimæ*, ſicuti cauſſæ allodiales. Hoc obſeruato principio, non neceſſe quidem foret, nouas concluſiones ex iuris feudalis penu depromere, cum quæ *cap. II.* congeſta et digeſta ſunt, facile cauſſis feudalibus applicari queant; quia tamen ex principio generali, *quod omnes cauſſæ feudales ſint arduæ*, plerique in ius feudale nouas deduxerunt doctrinas, et exceptiones regulas eſſe voluere, inde neceſſe eſt, eas paucis ſub examen reuocare. *Non recte quaeuis cauſſæ feudales arduæ dicuntur.*

§. II.

Nec recte cauſſis ſtatus æquiparantur.

§. II. Qui cauſſas feudales generatim *arduas* maioresque eſſe volunt, hoc potiſſimum ducuntur argumento, quod cauſſæ feudales æquiparentur cauſſis ſtatus, et feudum ſit quædam ſeruitus, dicaturque ſimul ſeruitus perſonalis et realis: iam autem *cap. 1. et 2.* obſeruaui, *cauſſas ſtatus* ad contentiones maiores referendas, a quibus recte argumentum ad cauſſas feudales deduci veterani cenſuere, teſte CATONE SACHO *ad l. 31. D. de iurei. n. 31.* Idem argumentandi genus vtplurimum ſequitur SCHRADERVS *de feud. P. 10. ſect. 18. n. 132. ſqq.* eosque, qui voluere, cauſſas feudales inter *minores* eſſe referendas, *n. 126. cit. l.* comparatiue eſſe intelligendas cenſuit, reſpectu cauſſarum eccleſiaſticarum. Verum enim vero comparatio quæ inter *cauſſas ſtatus* ac *feudales* inſtituitur, admodum lubrica eſt, parumque roboris habet. Cauſſæ *liberales* olim erant magni præiudicii, quia a *ſtatu libertatis* inter Romanos omne commercium iuris Romani dependebat, ita vt cui hic negabatur, ſimul eidem *vita ciuilis* omniaque iura ciuilia fere denegarentur, eo qui *libertatem* amittebat, *capite diminutus* cenſeretur. In hoc autem erat præiudicium ſummum, iactura extrema, et totius vitæ ciuilis interitus. Ideo *arduæ*, ideo *maiores grauesque* cauſſæ liberales dicebantur. Sed vero *cauſſæ feudales* ſimile præiudicium non habent: non periclitatur de vita ciuili, de amiſſione omnium iurium, qui de feudo litigat: manet ſtatus ciuilis vbique ſaluus et integer, quæcunque ſententia in cauſſa feudali dicatur, et quamuis nonnunquam graue præiudicium continere queat, id tamen aliunde eſt, non vero ex *qualitate feudali* petendum. Multo minus ſtringit ratio, inde deducta, quod feudum ſit quædam *ſeruitus realis et perſonalis*, nam (a) ſeruitutes rerum per ſe non ſunt cauſſæ arduæ, nec hæ cum ſtatu ſer-

ſeruili perſonarum confundendæ: (b) comparatio, quæ ab vſuſructu deſumitur, minus recta eſt, obſeruante FINCKELTHVSIO *in diſp. feud. 1. th. 14.* quod differentiæ infinitæ oſtendunt (c) et ſi vel maxime vſusfructus quidam feudis ineſſet, non tamen feuda inde cauſſis maioribus arduisque annumerari debebant.

An in cauſſis feudalibus impediti poſſunt cogi, vt procuratorem conſtituant.

§. III. Quæ cum ita ſint, paucis examinabo quaſdam concluſiones, quæ ex principio hoc, *quod in genere cauſſæ feudales ſint arduæ*, deduci ſolent. Videlicet (1) inde colligunt, in cauſſis feudalibus litigantes, licet morbo aliaue neceſſitate ineuitabili impediantur in iudicio comparere, cogi haud poſſe, vt procuratorem inuiti conſtituant, *eam ob cauſſam*, ait SCHRADER. *cit. l. n. 96. quia cauſſæ feudales ſunt graues et arduæ, et certum eſt, nec non a Dd. traditum, quod in cauſſis grauibus ſiue arduis impeditus morbo procuratorem conſtituere et per procuratorem comparere non cogatur.* conf. ROSENTHAL *de feud. c. 12. concl. 10. lit. bb.* Iure ciuili quidem regulariter nemo inuitus cogitur, per *procuratorem* cauſſam agere, maxime in *arduis*, quæ non temere aliis committuntur, adeo vt excuſetur, nec pro contumace habendus, qui in *arduis* procuratorem haud conſtituit. Sed in feudalibus nihil ſingulare occurrit, ſed etiam in his, experientia teſte, quis compellitur ad procuratorem conſtituendum, in quibus caſibus alias quis compelli poteſt. Nam (a) moribus paſſim receptum, vt nemo ſuo nomine, ſed per procuratorem in iudicio litigare debeat, LAVTERBACH. *ad tit. de procurat. §. 37. in f.* B. STRYK. *in vſ. mod. ad tit. de procurat. §. 13.* nec tamen hic vllibi exceptæ cauſſæ feudales, qua tales, nec ratio iuris adducta id ſuadet: (b) ſi plures ſunt litigantes, qui communi nomine cauſſam agunt, iudex ex officio illis iniun-

gere poteſt communis procuratoris conſtitutionem, MEVIVS *P. IV. deciſ. 63.* nec rurſus in feudalibus aliud obtinere conſtat. Ratio enim generalis tam in allodialibus quam feudalibus obtinet, *ne lis, per plures diſperſa, tardior, difficilior atque intricatior eueniat.* Vbi itaque in cauſſis allodialibus cogi quis poteſt ad conſtituendum procuratorem, ibi etiam in feudalibus regulariter.

An feudalia requirant mandatum ſpeciale.

§. IV. Vlterius (2) inde colligunt, licet regulariter procurator, habens generale mandatum, admittatur, eum tamen non admitti in *cauſſis feudalibus*, ſed illas deſiderare mandatum ſpeciale. Huius obſeruationis has addit rationes SCHRADER *de feud. P. 10. ſect. 18. n. 119. tum quia cauſſæ feudales ſunt graues et arduæ, et certum eſt, quod in cauſſis grauibus ſiue arduis non ſufficiat generale mandatum, ſed ſpeciale requiratur; tum quia ardua ſiue grauia ab omnibus regulis iuris communis excepta intelliguntur, et generales iuris regulæ ardua ſiue grauia non comprebendant; tum quia cauſſæ ciuiles arduæ, quales ſunt cauſſæ feudales, æquiparantur cauſſis criminalibus, et certum eſt, quod in cauſſis criminalibus, etiam in iis caſibus, in quibus procurator interuenire poteſt, nunquam admittatur procurator, habens generale mandatum, ſed requiratur, vt ipſe habeat ſpeciale mandatum etc.* Multa hic Brocardica conglomerata vides, quæ tamen applicatione deſtituuntur, ſi negaueris, cauſſas feudales *per ſe* et *ſua natura* eſſe arduas maioresque. Hoc expeditum eſt, generalem procuratorem ſeu cui omnium rerum adminiſtratio commiſſa eſt, poſſe etiam agere, ſeu rem in iudicium deducere *l. 12. D. de pact.* immo citra ſpeciale mandatum etiam actionem iniuriarum mouere *l. 17. §. 16. D. de iniur.* de quo forſan dubitari potuiſſet, quia hæc actio nonnullius eſt præiudicii: quidni

ni ergo permitteretur ei cauſſam feudalem in iudicium deducere? Reſpondent forſan ex *c. 5. de procur. in 6. qui generaliter conſtituitur ad negotia procurator, agere ac experiri poteſt, exceptis his caſibus, qui mandatum exigunt ſpeciale:* iam vero inferunt ex mente SCHRADERI, cauſſæ feudales, quia *arduæ* ſunt, exigunt mandatum ſpeciale. Verum in hac aſſertione petitur id, quod eſt in principio: poteſt *quædam* controuerſia feudalis eſſe ardua, magni ponderis et maioribus accenſeri cauſſis, maxime ſi regulam qualitatem annexam habet; aſt hoc generatim omnibus cauſſis feudalibus attribui nequit, quæ ſæpe non plus ponderis et momenti habere poſſunt, quam cauſſæ allodiales. Vnde etiam non deſunt, qui recte aſſerunt, ſub generali diſpoſitione etiam feuda comprehendi. TIRAQVELLVS *ad l. ſi vnquam C. de reuoc. don. verb. bona n. 15.* et quos præterea allegat SCHRADER *cit. l. n. 123.*

§. V. Pergit vlterius SCHRADERVS *cit. l. n. 128.* et (3) inde concludit, quod in cauſſis feudalibus non ſufficiat mandatum *generale cum libera. Quamuis enim*, ait, *regulariter in omnibus illis caſibus, in quibus ſpeciale mandatum requiritur, ſufficiat mandatum generale cum libera, attamen hoc non habet locum in cauſſis feudalibus, quia cauſſæ feudales ſunt admodum graues et præiudiciales: et mandatum generale cum libera non ſufficit, nec etiam mandato ſpeciali æquiparetur in cauſſis valde grauibus et præiudicialibus.* Immo addit (4) *n. 131.* ne quidem ſufficere mandatum ſpeciale, vt quis ſcilicet conſtituatur procurator ſimpliciter in cauſſis feudalibus, ſed requiri *mandatum ſpecialiſſimum* ſiue *in indiuiduo.* Cur vero hoc? reſpondet: *quia cauſſæ feudales ſunt admodum graues et arduæ:* iam autem pergit *n. 133. certum eſt,* quod *in caſibus, in quibus verſatur graue*

An ad feudalia extendatur mandatum cum libera.

An ſpecialiſſimum deſideretur?

 et

et magnum præiudicium, non ſufficiat mandatum ſpeciale: ſed requiratur mandatum ſpecialiſſimum et in indiuiduo. Ex eodem principio (5) *n. 135.* etiam hanc nectit concluſionem, quod licet procurator, qui habet mandatum generale, a quo mandato tantum exceptus eſt vnicus caſus, requirens mandatum ſpeciale, omnia illa, quæ ſpeciale mandatum requirunt, præter caſum ſpecialiter exceptum expedire poſſit, eum tantum cauſſas feudales expedire non poſſe, quia cauſſa grauis et præiudicialis, qualem cenſet eſſe feudalem, adhuc cenſetur excepta. Addit (6) *n. 137.* etiam hanc concluſionem, quod licet alias procurator, qui habet mandatum generale, in quo cauſſæ certæ, ſpeciale mandatum requirentes, expreſſæ ſunt, adiecta clauſula generali, quod is omnia, quæ ſpeciale mandatum requirunt, expedire poſſit, etiam omnia illa, quæ alioquin mandatum ſpeciale requirunt, agere et expedire queat *c. 4. de procur. in 6.* nihilominus tamen id haud ſufficere in feudalibus, multo minus (7) mandatum præſumtum hic admitti cum cautione rati, *eam*, ait, *n. 138. ob cauſſam, quia cauſſæ feudales ſunt graues et arduæ, et in iis agitur de magno præiudicio. Et certum eſt, quod in cauſſis grauibus ſiue arduis, in quibus agitur de magno præiudicio, procurator non admittatur cum cautione de rato.*

An præſumtum in iis mandatum ſufficiat ſub cautione rati.

Reſolutio harum quæſtionum.

§. VI. Si SCHRADERVS diſtinxiſſet cauſſas feudales, et genera actionum diuerſa conſideraſſet, concluſiones eius facilius admitti poſſent. Sane ſi ad *priuationem feudi* agitur, ſi de *feudis maioribus* concertatur, negari nequit, agi de cauſſis arduis et grauioribus, et ad hos caſus applicari poſſunt, quæ ex SCHRADERO allata ſunt. Aſt generalis ipſius aſſertio prorſus omni deſtituitur fundamento, quod etiam animaduertit ROSENTHAL *de feud. c. XII. concl. 10. n. 76.* et vel ideo reprobat, quoniam,

niam, ait, *non eſt cauſſa ſtatus, vt illi male aſſerunt, cauſſa feudi. Nec enim cauſſa quælibet, vbi de ſeruitutis aut ſeruitii preſtatione quæſtio eſt, ſtatus cauſſa dicitur, ſed illa, vbi perſona ipſa ſeruitute afficitur, et quam inuito domino abiicere nequit. Quod hic neutiquam eſt, ſed potius eſt ſeruitutis realis ſpecies, vbi perſona ad ſeruitia obligatur, ſed ſaltim propter rem et reſpectu rei cauſſatiue. Et ſic lites infinitæ feudales in camera imperiali actæ ſunt et quotidie vtrimque aguntur citra mandata ſpecialia, ſed per procuratores generales.*

§. VII. Vlterius (8) inde colligunt quidam, quod in cauſſis feudalibus examen teſtium alteri committi nequeat, quod cauſſæ feudales ſint graues et arduæ, in quibus regulariter committi examen teſtium alteri nequit. Addunt, quod nec in criminalibus examen teſtium alteri committi queat, quibus feudalia æquiparantur. Ita cenſent allegati a SCHRADERO *P. X. de feud. ſect. 16. n. 66. ſqq.* et ROSENTHALIO *c. XII. de feud. concl. 9. lit. n. etc.* Miror, ipſum SCHRADERVM *cit. l. n. 68.* in alia omnia hic iuiſſe, et examen teſtium per commiſſarios expediendum admiſiſſe, ex hac ratione, *quod cauſſæ feudales ſint cauſſæ ciuiles,* in quibus examen teſtium alteri committi poſſet, ſed tamen ad rationem dubitandi, quam vtplurimum in ore habere ſolet, non reſpondet. Immo magis miratus ſum, SCHRADERVM hanc in ſententiam iuiſſe, quia *P. II. part. 9. princ. ſect. 13. n. 173.* fere contrarium adſtruxiſſe videtur. Ait enim *cit. l.* licet alias iudex in cauſſis ciuilibus examen teſtium alteri committere poſſit, hoc tamen locum non habere in cauſſis feudalibus, in quibus dominus contra vaſallum ad pœnam priuationis feudi experitur. *Namque,* pergit, *in talibus cauſſis iudex examinationem teſtium neque Notario, neque alteri committere poteſt eam ob cauſſam, quia tales cauſſæ æquiparantur cauſſis crimi-*

An in cauſſis feudalibus examen teſtium alteri committi queat?

criminalibus, immo in illis requiritur probatio euidens et clarior, quam in cauſſis criminalibus. Et clari iuris eſt, quod in cauſſis criminalibus iudici regulariter non permittatur examinationem teſtium Notario vel alteri committere. Hanc rationem et æquiparationem generaliter antea ad *quaſuis* cauſſas feudales applicuit, et inde quoque, ſi vera eſt, euincendum eſſet, generaliter examen in cauſſis feudalibus alteri committi non poſſe. Sed (1) ſæpe iam dictum, argumentum a *criminalibus* deſumtum hic eſſe lubricum, et quæ forſan in vno vel altero conueniant, non tamen ſunt eadem. (2) Si vel maxime ad pœnam *priuationis* agitur, cauſſa tamen manet *ciuilis*, non vero fit *criminalis*, vt ipſemet *P. 2. p. 9. princ. ſect. 13. n. 16.* non diffitetur, et denique (3) etiam in criminalibus et arduis alteri examen teſtium committere nullibi prohibitum, prout recte cenſet ROSENTHAL. *de feud. cit. l. n. 2. et 13.* et ad praxin Germaniæ et Cameræ prouocat.

An ſuppletorium iuramentum in feudalibus locum habeat.

§. VIII. Præterea (9) ex hoc principio reprobato plures inferunt, iuramentum ſuppletorium in cauſſis feudalibus, vtpote arduis, deferri non poſſe. BERLICH. *P. I. concl. 54. n.* 30. SERAPHINVS de SERAPHINIS *de priuil. iuram. priuil.* 33. *n.* 125. *ſq.* vbi addit hanc rationem: *quia cauſſa feudalis dicitur magna et grauis.* Sed vbi ita dicitur? Cauſſa *priuationis feudi* poteſt dici *magna* et *grauis*, ſed non cauſſa feudalis in genere. Reſtringenda ergo hæc doctrina eſt ad has cauſſas: (a) ſi agitur de feudo magno, ex cuius iactura ingens præiudicium eſt metuendum; ſed ita nihil ſingulare in feudis occurrit, quoniam in cauſſis magnis et arduis generaliter iuramentum ſuppletorium locum non habet. ROSENTHAL *de feud. c. XII. concl.* 14. *n.* 99. Et huc etiam collineare videtur

Feu-

Feudiſta 2. *f.* 33. §. *ſacramentum*, vbi ait, quod iuramentum quandoque *petenti*, quandoque *poſſidenti* deferre iudex poſſit, prout circumſtantiæ vel *ſuppletorium* vel *purgatorium* admittendum eſſe cenſent. (b) Si agitur ad *priuationem feudi*, in qua ſine dubio enorme præiudicium occurrit. BENCKENDORFF. *ad Seraphin. cit. l. n.* 113. SCHRADER. *de feud. P.* 2. *P. princ.* 9. *ſect.* 13. *n.* 167.

Vnde ſacramentales in feudalibus originem trahant?

§. IX. Forſan etiam (10) inde deriuandum eſſe morem, cenſere poſſent diſſentientes, quod vbi iudex defert iuramentum, id præſtandum ſit cum *duodecim ſacramentalibus*, prout 2. *f.* 33. §. *ſacramentum* diſponitur, qui cum principali ſimul iurant, illo quidem de *veritate*, his de *credulitate* iurantibus. Iure Canonico hos *ſacramentales* eſſe introductos, et in cauſſis tantum quibuſdam, maxime magni momenti, eſſe admiſſos, conſtat *ex tit. de purgat. canon. et tit. de frigid. et malef.* Sed ius Longobardicum barbarum hos *frequentius* admiſit, magis ex *errore* et iuris Pontificii ignorantia, quam ſolida iuris ratione. Neque enim arbitror, feudiſtam ex ea ratione ſacramentales requiſiuiſſe, quod cauſſæ feudales eſſent *arduæ* et *magna*, quam rationem nullibi prodit, ſed ex *incogitantia* potius et defectu ſolidioris iudicii, quem vbique prodit. Vnde etiam in praxi hi ſacramentales non amplius deſiderantur, B. STRYK. *in exam. iur. feud. c.* 25. *q.* 23. quin quod *in ordin. Cameræ P. II. tit.* 10. tantum in *cauſſa fractæ pacis publicæ*, tanquam *grauiſſima et ardua*, hi ſacramentales requirantur, ſaluo tamen iudicis arbitrio.

Quænam cauſſæ feudales proprie dicantur arduæ.

§. X. Reiectis ergo falſis præſuppoſitis indeque deductis concluſionibus, propius eſt, vt videamus, quænam cauſſæ feudales dicantur *arduæ* et *magnæ*. Huc in primis, prout iam aliquoties dictum eſt, referri debet cauſſa *priuationis feudi*, ſeu

ſeu quando ad *feloniam* agitur, quæ quamuis adhuc *ciuilis non criminalis* ſit, merito tamen ob ſummum, quod inde imminet præiudicium, *ardua* dicenda eſt. SCHRADER *de feud. P. 2. p. 9. princ. ſect.* 13. *n.* 16. Inde (1) in *probatione feloniæ* non *duo* ſufficiunt teſtes, ſed *quinque* deſiderantur, 2. *f.* 57. cuius rationem recte in eo quærit CASPAR BITSCHIVS *ad cit. text. in f. p.* 698. *quia cauſſa hæc amiſſionis feudi eſt ardua et magni momenti,* quam rationem etiam adfert B. STRYK. *in exam. iur. feud. cap. XII. qu.* 15. *in f.* addit tamen, hodie hoc vix attendi. Et quidem meo iudicio ita recte cenſet, quia etiam hodie duo teſtes ſufficiunt in grauioribus criminibus probandis, ſi omni exceptione maiores ſunt, multo magis etiam in felonia probanda ſufficere poſſunt conf. STRVV. *Syntagma iur. feud. c.* 16. *aph.* 15. ITTER. de *feud. Imper. c.* 25. §. *vlt.* Debent autem (2) teſtes eſſe *ſummæ atque integræ opinionis,* vt dicitur 2. *f.* 57. ſicut enim alias in criminalibus teſtium delectus habendus eſt, ita quoque in probatione feloniæ idem obſeruandum, quia ius feudale *cit. l.* deſiderat *probationem manifeſtam ex natura cauſſæ,* quæ ardua eſt. Inde nec defectum fidei numerus teſtium ſupplet, SCHRADER *cit. l. n.* 16. quia id non habet locum in criminalibus et arduis ciuilibus, obſeruante ROSENTHALIO *c. XII. de feud. c.* 19. *n.* 9. nec teſtes infamia facti laborantes, nec minores 20. annis ſunt habiles, quamuis alias minores 20. annis in ciuilibus non ſint inhabiles. IDEM *cit. l. n.* 20. *ſqq.* Feminas quidam etiam reiiciunt, quod vbi manifeſta requiratur probatio, vt in criminalibus, feminæ plene non probent, nec in feudalibus feminarum teſtimonium regulariter admittatur, cui ius canonicum accedere videtur in *c. forus in f. X. de V. S.* Verum ſicuti rurſus in criminalibus

In probanda felonia maior probatio deſideratur.

nalibus hodie feminæ non ſunt inhabiles ad teſtimonium dicendum, teſte CARPZOVIO *pr. crimin. qu.* 114. *n.* 40. ita etiam a probatione feloniæ non excluduntur. Inde quoque inferunt, quandoque etiam ad *torturam* deueniri poſſe, quod licet ſit cauſſa ciuilis, annexum tamen habere delictum poſſet atrox, cuius nomine tortura dictari queat, iuxta ea, quæ dixi *cap.* 11. §. 21. SCHRADER *cit. l. n.* 79. Equidem non nego, feloniæ ineſſe poſſe delictum atrocius, ob quod tortura decerni poteſt, ſed tamen diſtinguendum erit, vtrum tantum agatur *ciuiliter*, an vero ſimul *criminaliter*? priori caſu, quia tantum ad priuationem feudi actio tendit, locus non erit torturæ in probanda felonia, vtpote quæ nec in *pœnis pecuniariis* locum habet. CLARVS *lib. V. recept. ſentent. qu.* 64. *n.* 4. Poſteriori autem caſu vel ideo torturæ locus erit, quia præterea ad pœnam capitalem agitur. Dubitari etiam poſſet, an ad probandam feloniam recipi poſſint teſtes ad perpetuam rei memoriam? Ratio dubitandi deſumi poſſet ex *c.* 5. *X. vt lite non conteſt.* vbi hoc examen extraordinarium reſtringitur ad caſum, *cum ciuiliter eſt agendum.* Quamuis vero in actione, qua ad feudi priuationem agitur, *ciuiliter* procedatur, quia tamen quodammodo *criminali* cauſſæ hæc priuatio æquiparatur, inde ab hoc examine abſtinendum eſſe videtur. Verum ſicuti hæc æquiparatio non vniuerſalis eſt, ita ſufficit, quod hic *ciuiliter* agatur, nec vllibi graues et arduæ cauſſæ ciuiles exceptæ ſint, adeoque merito hoc examen admitti debet. conf. B. WERLHOFF *de exam. teſtium extraord.* §. 21. SCHRADER *cit. l. n.* 109. *ſq.* quin quod Pontifex tantum excludere videatur proceſſum *accuſatorium*, *inquiſitorium* autem haud intelligat, quippe in quo regulariter teſtes ante L. C. exami-

nantur, et ſic etiam ad perpetuam rei memoriam recipi poſſunt.

Sunt etiam cauſſæ feudales maiores ex qualitate feudorum.

§. XI. Præterea quoque cauſſæ feudales *ardua* dicendæ ſunt ex *qualitate rerum feudalium.* Sunt vulgo feuda *nobilia* vel *ignobilia.* Illa olim *nobilitatis acceſſio* quædam erant, et cum immunitate ab oneribus publicis dabantur, hodie tamen etiam a non-nobilibus poſſideri queunt, et ſufficit *qualitas realis* bonis inhærens, cum feuda perſonæ nullam concilient nobilitatem. Porro ſi feuda nobilia in ſenſu generali accipiuntur, diuiduntur rurſus in *regalia* et *non-regalia.* Illa dicuntur feuda ſupremi principis auctoritate cum *regali dignitate* conceſſa. VVLTEIVS *lib.* 1. *de feud. c. VIII. n.* 19. aliasque dici ſolent *feuda maiora* vexillifera et ſceptri Fahnen- und Scepter-Lehn, quæ merito *maiora* dicuntur, ob ſummam *dignitatem regalem*, quæ eis cohæret, adeoque horum cauſſa potiſſimum *ardua* et *maxima* dici debet. Feuda *non-regalia* tanti olim non habebantur, cum vnice ad *militare ſeruitium* ſeu *miniſterium* eſſent deſtinata, non ad honorem, officium, et poteſtatem maiorem exercendam, quod *feudis regalibus* proprium eſt. Ergo non mirandum, quod ſingularia plura in *feudis maioribus* ſint conſtituta, quæ aliis *feudis minoribus* applicari nequeunt.

Quorſum pertinent feuda maiora regalia.

De lure Vicariorum imperii circa feuda regalia.

§. XII. Sic vicariis Imperii conceſſum eſt in *A. B. c.* 5. ius *inueſtiendi de feudis et iuramenta fidelitatis vice et nomine S. Imperii recipiendi, feudis Principum dumtaxat exceptis, et illis, quæ* Fahnlehn *vulgariter appellantur, quorum inueſtitura et collatio ſoli Imperatori vel Regi Romanorum ſpecialiter reſeruata eſt.* Sic etiam in R. I. Wormatienſi *de anno* 1521. dicitur: und behalten uns vor die Belehnung der Lehn und die Regalien derjenigen, die ſie unter der Fahn öffentlich mit Solemnitäten pflegen zu empfangen.

Supra

Supra dictum eſt, quod in *conceſſione generali* ardua et maiora haud veniant aut comprehendantur. Ex hoc axiomate ſine dubio nata eſt exceptio adducta, qua feuda vexilli, tamquam maiora, ſuæ collationi reſeruauit Imperator. Duo vero ex adductis patent (1) excepta fuiſſe feuda magna Principum, (2) talia, quæ olim mediante vexillo collata fuere. Inde quæſtio enata fuit: an etiam *feuda comitum* exceptioni inſint? Comites olim etiam vexillis inueſtitos fuiſſe docet excell. GVNDLING *diſſ. de feud. vexilli* §. 34. Simul tamen obſeruat in *A. B.* ſub voce *feudorum vexilli* tantum comprehendi *feuda Principum maiora.* Contrarium adſtruit ITTERVS *de feudis imperii c.* 9. §. 10. ex ea ratione, quod etiam comites cum vexillis inueſtiri conſueuerint, et quod hæc quoque feuda *maiora* ſint, ſicuti etiam vix reperiri queunt exempla comitum Imperii a Vicariis inueſtitorum. Fateor in vtramque partem prægnantes eſſe dubitandi rationes, interim tamen in poſteriorem ſententiam procliuis ſum, quia in *A. B.* excipiuntur *feuda Principum et illa, quæ vulgo* Vahnlehn *appellantur.* Si *feuda Principum* tantum excipienda fuiſſent, non neceſſe fuiſſet, addere ſubſequentem clauſulam: *et illa, quæ vulgo* Vahnlehn *appellantur*, quæ potius oſtendit, excepta fuiſſe non tantum *feuda Principum*, ſed in genere *vexilli* feuda, ſub quorum numero etiam feuda comitum comprehenduntur. Loquor de ſenſu A. Bullæ: hoc enim expeditum eſt, poſſe Cæſarem vicariis, ſe abſente vel impedito, conſtitutis maiorem concedere poteſtatem, vt etiam feuda comitum conferrent, quorſum collineare videntur verba adducti receſſus, quia olim feuda comitum tanta cum pompa et ſolemnitate haud collata ſunt, obſeruante GVNDLINGIO *cit. l.* Simile quid obſeruo in

An vicarii feuda comitum conferre poſſint?

 diplo-

diplomate RVPERTI Cæſaris, LVDOVICVM BARBATVM, comitem palatinum vicarium conſtituentis anno 1401. cum exercitum in Italiam duceret, quod refert THVLEMARIVS *de octouiratu c.* 22. §. 18. vbi vicario a ſe conſtituto confert poteſtatem infeudandi, *exceptis dumtaxat feudis inſigniis Archiepiſcoporum ducum et marchionum, et quae cum vexillis ſeu gladiis recipi conſueuerunt, et de quibus officialibus imperialis curiae de more ſeruitur*, conf. GVNDLING *cit. l.* §. 35.

Durante vltra annum interregno an vicarii feuda maiora conferre poſſint?

§. XIII. Limitat tamen hoc ipſum prælaudatus THVLEMARIVS *cit. l.* §. 27. et arbitratur, durante vltra annum interregno, vicarios etiam de *feudis maioribus* inueſtire poſſe, id quod ex ſubiectis quibuſdam *citationibus* euincere ſtudet. Sed qui citationes adductas attentius examinat, nihil noui iuris, præter quod vicariis in A. B. conceſſum eſt, ibi deprehendit. Prouocat ad A. B. et ad ius vicariis ibidem conceſſum, quod tantum circa collationem *feudorum imperii minorum* verſatur. Quodſi horum renouatio intra annum haud petitur a vicariis, pœnis feudalibus locus eſſe poteſt. Et quamuis vicariis, anno præterlapſo, non incumbat neceſſitas, vaſallos de nouo citandi, ad renouationem feudi ab iis accipiendam, nihil tamen impedit, quominus id ipſum facere queant. Erant eo tempore, ſcil. anno 1658. quo hæ citationes factæ, lites de *vicariatu*, inter Bauarum et Palatinum, vterque in quaſi poſſeſſionem iuris huius penetrare contendebat, inde tot citationes, de *renouatione* petenda, audiebantur, tot ſollicitationes anxiæ de exercitio aliorum iurium occurrebant; quilibet alterius actus, vt *de facto* ſuſceptos, notabat, annullabatque, et ita non mirandum eſt, tales citationes quoque eo tempore vtrinque emanatas fuiſſe, quæ tamen re vera nihil noui iuris

iaris continent. Neque enim currit tempus, petendæ renouationi deſtinatum, interregno durante, cum dominus feudi deſit, quippe quod demum currere incipit a tempore factæ electionis, quo poſito, nullum periculum incurrunt *feudorum maiorum* poſſeſſores, ſi vel maxime vltra anni ſpatium interregnum durauerit. ITTER *cit. l.* §. 11. GVNDLING *cit. l.* §. 37. VITRIARIVS *inſtit. iur. publ. lib. III. tit.* 7. §. 6.

§. XIV. Competit etiam vicariis facultas tempore interregni *iudicia exercendi.* Vnde quæſtio enata eſt, an etiam iudicare poſſint de *feudis Imperii maioribus?* quod vel inde dubium eſſe poterat, quia horum infeudatio Cæſari peculiariter eſt reſeruata, vicariis autem ademta. Quia ergo Imperator ſibi ius inueſtiendi reſeruauit, ius quoque de iis cognoſcendi ſibi reſeruaſſe videtur. Proinde ſi vicarii non poſſunt inueſtire de feudis *maioribus,* quod minus eſt, non poſſunt quoque de iis cognoſcere, quod maius videtur. Ita cenſet et ratiocinatur VITRIARIVS *cit. l.* §. 2. Accedit huic argumento vis quædam ex *ordinat. regimenti.* de *anno* 1521. §. Ob auch Sachen fürfielen, qua cognitio de huiuſmodi feudis Cæſari eſt reſeruata, et vicario Imperatoris denegata, cum vtplurimum maiores grauioresque cauſſæ vicariis denegatæ ſint. Enim vero quia *vicarii Imperii legales* cum vicariis Imperatoris non ſunt confundendi, dum illi interregnum, hi vero Cæſarem viuentem præſupponunt, adeoque hoc caſu Cæſaris cognitio abſolute haud deficit, vti quidem illo caſu, ab his ad illos argumentum non trahendum eſt. Nec prius abſolute argumentum concludit, cum *actus iuſtitiæ* facilius conferri, *actus gratiæ* autem, quorſum etiam feudorum collatio pertinet, denegari ſoleant, nec ſtatim denegatur cognitio de

An vicariis competat cognitio de feudis maioribus.

 feu-

feudis eis, quibus denegatur ius inueſtiendi, exemplo parium curiæ. ITTERVS *de feud. Imper. c. 25. §. 19.* THVLEMARIVS *cit. l. §. 28. et 29.* Hoc modo, ni fallor, ſatis fieri poteſt argumentis diſſentientium: verum ita omne dubium haud remotum eſt, cum nota ſit controuerſia *de ipſo iure Imperatoris*, quatenus ei de *feudis maioribus* cognitio et deciſio competat? quæ paucis tangenda eſt.

In feudis maioribus, an teneatur ſenatum principum adhibere imperator?

§. XV. Sunt enim, qui duplex iudicium in Imperio faciunt: alterum *de cauſſis et rebus vulgarium perſonarum*: alterum *de cauſſis illuſtres perſonas ſeu principes concernentibus, quod principum iudicium* vocant, das Fürſten-Recht, idque diuerſum tum a iudicio camerali tum aulico eſſe cenſent, quod ſpeciatim HIPPOLITVS a LAPIDE *tr. de ratione ſtatus P. I. c. 10. p. 163. ſqq.* magno animi impetu defendit. Hoc obtinere contendit in cauſſis principum arduis, in Sachen die ihre Lande, Leute, Fürſtenthum und Königl. Lehnſchaft oder ihr Leib oder Ehr antreffend ſind, IDEM *cit. l. p. 166.* idque praxi Imperii antiquiſſima plenius demonſtrat. Quamuis ergo Cæſar in *ordin. regim. de anno* 1521. cauſſas huiuſmodi maiores ſibi reſeruauerit his verbis: Ob Sachen vorfielen, Fürſtenthum, Herzogthum ꝛc. belangend, ſo vom Reich zu Lehn rühren, ſo einem Theil gänzlich und endlich abgeſprochen werden ſolten, derſelben Erlaubniß iſt Ihr. Kayſerl. Majeſtät vorbehalten, hoc tamen putat intelligendum ſecundum praxin Imperii, vt in *ſenatu Principum* ea de re agatur, non vero vicarius eius de ea cognoſcere queat, quemadmodum anno 1236. in comitiis Moguntinenſibus FRIDERICI II. conſtitutione præfecto palatii de omnibus cauſſis et perſonis iudicandi poteſtas quidem indulgetur, ſed hac ſublimitatione: ohne Fürſten und andere hohe Leute, wo es gehet an ihr Leib oder

an ihr Recht, oder an ihr Ehr, das ſollen wir ſelbe richten, ſcilicet more antiquo in ſenatu principum, ſeu comitiis. Quanquam autem olim maiorem libertatem hac in re Cæſares habuiſſe videantur, quasnam cauſſas in conuentu regni agitari conueniret, creſcente tamen et adaucta procerum imperii potentia arbitrium hoc in neceſſitatem verſum, et *cauſſæ maiores principum* ad ſenatum principum relatæ ſunt, prout praxis imperii ſubſequens oſtendit, obſeruante ITTERO *de feud. Imper. c.* 25. §. 12. Rurſus tamen lapſu temporis praxis hæc valde exinanita eſt, et neceſſitas *cauſſas maiores principum* in conuentu procerum decidendi, adeo laxata, vt vltra ſæculum iam ſolus Imperator de iis cognouerit, non adhibitis paribus curiæ, teſtibus CONRINGIO *de iudic. reip Germ. th.* 65. et TEXTORE *in iur. publ. Cæſareo tit.* 12. *n.* 90. *ſqq.* Huic praxi ſuffragatur *Ordin. Camer. P. II. tit.* 7. Ob auch Sachen vorfielen, Fürſtenthum, Herzogthum, Grafſchaften ꝛc. belangend, ſo vom Reich zu Lehn rühren, ſo ein Theil gänzlich und endlich abgeſprochen werden ſollen, deroſelben Erkänntniß wollen wir der Röm. Kayſerlichen Majeſtät oder Ihro Liebden und Kayſerlichen Majeſtät Abweſens uns als Römiſchen König vorbehalten haben, quibus verbis ſimul iuriſdictio Cameræ excluſa eſt. Quæ cum ita ſint, non adeo amplius dubium, quin etiam vicariis imperii de *cauſſis maioribus* cognitio competere poſſit, niſi quatenus *grauitas cauſſæ* adhuc hodie electorum conſenſum requirit.

Electorum conſenſus in cauſſis grauiſſimis deſideratur.

§. XVI. Videlicet adhuc hodie Imperator in *cauſſis grauioribus*, vnde tumultus in imperio metuendi ſunt, ad minimum conſenſum Electorum, aliquando etiam omnium ſtatuum, adhibere debet, quod tum in anterioribus, tum in nouiſſima capi-

capitulatione cautum. Nam quoad prius *in capit. Caroli VI. art. 3.* ita prouiſum eſt: **Wir ſollen und wollen auch in wichtigen Sachen, ſo das Reich antreffen, nach Anleitung der güldenen Bull, jedoch dem Friedenſchluß ohne Abbruch, ihres Raths, Bedünckens und Gutachten uns gebrauchen, auch ohne dieſelbe hierinnen nichts vornehmen.** Potiſſimum in conſilium adhibendi ſunt electores in cauſſis *grauiſſimis*, quia iuxta *c. 12. A. B.* ſunt *ſolidæ baſes Imperii* et *columnæ immobiles*, quod etiam in *capit. Ioſeph. art. 38.* diſertis verbis additur: **Wir ſollen und wollen auch in wichtigen Sachen, ſo das Reich betreffen, und von hohem præiudiz und weitem Auſſehen ſeyn, bald anfangs der Churfürſten, als unſerer innerſten Räthen, Gedancken vernehmen.** Quoniam itaque res magni momenti eſt, de ducatibus eminentioribus, vnde periculoſis motibus imperium inuolui poſſet, ſententiam ferre, ita in primis conſenſus Electorum eo caſu deſideratur, ſi magni præiudicii cauſſa emerſerit. Videtur etiam huc collineare, *I. P. art. V. §. 55. in f.* quamuis non eadem Imperatori, vt in adductis articulis, neceſſitas impoſita fuerit. Cautum enim ibidem hoc modo eſt: *Liberum ſit ſuæ maieſtati in CAVSSIS MAIORIBVS, et vnde tumultus in Imperio timeri poſſent, inſuper etiam quorundam vtriuſque religionis electorum et Principum ſententias et vota requirere.* Quod hic *liberum* relinquitur Imperatori, in nouiſſima capitulatione in *neceſſitatem* tractum videtur, ſi modo clarius definitum fuiſſet, quænam cauſſæ pro *maioribus* habendæ, quia hoc non facto, adhuc penes Cæſarem arbitrium eſt definiendi, quænam cauſſæ *maiores* dicendæ ſint? Non inepte iudicat AVCTOR *meditat. ad I. P. cit. l. p. 781.* et cauſſas *maiores* ita definit: *Poſſunt cauſſæ maiores appellari tum a ſubiecto, quando inter ſtatus maiores, qui diffi-*

Quænam cauſſæ publicæ maiores dicendæ?

difficulter in ordinem redigi poſſunt, res verſatur; tum ab obiecto, ſi quæſtio ſit de integris prouinciis vel vrbibus vel oppidis, nec non arcibus munitis, adeoque conſideratu dignis. Denique poteſt etiam cauſſa maior videri ex præiudicio in alios redundante, quoniam ob conſequentiam plurimum intereſt, vtro modo iudicetur? quod exemplo cauſſæ monaſterii Falckenhagenſis illuſtrat, multisque aliis cauſſis, ab ANTONIO FABRO relatis, vlterius illuſtrari poſſet, ſi ratio inſtituti id permitteret.

§. XVII. Præterea etiam olim vſitatum erat, quando cauſſæ erant *grauiores*, quæ in iudicio aulico agitabantur, et in iis concluſum erat, eas ad Cæſarem cum voto referre: eas deinceps imperator in conſilio intimo proponebat, et non tantum ad *iura*, verum etiam *ad rationem ſtatus* ibidem reſpiciebatur, inquirebaturque, an conſultum eſſet talem ſententiam partibus publicare? Cum vero hoc ipſum admodum graue ſtatibus videretur, huic obuiam itum iri *capit. Leop. art. 42.* et *Ioſeph. art. 44.* ibi: auch nicht geſtatten, verhengen und zugeben, daß unſer geheimbdes Raths-Collegium ſamt oder ſonderlich der Reichs-Sachen, welche vor den Reichs-Hoffrath gehören, ſich anmaſſe, darinn ſich einmiſche, oder auf einigerley Weiſe dem Reichs-Hoffrath eingreiffe, viel weniger mit Befehlen oder Decreten, wodurch die in Reichs-Hoffrath geſchloſſene Sachen aufgeſchoben, oder irritiret werden, beſchwere oder irre. Equidem hoc ipſum etiam repetitum eſt in *Capit. Caroli VI. art. 16.* ſed tamen temperamento hoc adiecto: Wo auch im Reichs-Hoffrath in wichtigen *iuſtitz*-Sachen ein votum oder Gutachten abgefaſſet, und uns referiret werden ſolte, wollen wir uns ſolches in Anweſen des Reichs-Hoffraths-Præſidenten und Reichs-Vice-Cantzlers mit Zuziehung der Re- und Correferenten, und anderer

Quatenus cauſſæ grauiores in iudicio aulico occurrentes Cæſari referri debeant?

Reichs-Hoffrähte beyder Religionen, inſonderheit, wenn die Sache Partheyen beyderſeits Religions-Verwandten betrifft, vortragen laſſen, mit denenſelben darüber berathſchlagen, und in keinen andern Rath reſoluiren. Hoc temperamentum eo magis placuiſſe videtur, tum ne cauſſæ, ſemel excuſſæ, ad alios iudices, primario rationem ſtatus præ oculis habentes, deuolueretur, tum etiam vt Imperator, relatione modo præſcripto de cauſſis *grauioribus maioribusque* facta, conſilia electorum quandoque, grauitate cauſſæ ſuadente, expetere poſſet, prout §. *anteced.* dictum eſt.

In cauſſa banni omnium ſtatum conſenſus requiritur.

§. XVIII. Pergo ad poſterius membrum, quo omnium ſtatuum conſenſus ante omnia explorandus eſt, antequam in *cauſſa maximi momenti* aliquid decernatur. Quænam autem grauior maiorque eſſe poteſt, quam *banni imperialis?* in primis ſi potentius imperii membrum eo innodandum eſt, quod non poteſt non quandoque totum affligere Imperium, pacemque turbare publicam, adeoque eo maiori circumſpectione et deliberatione opus habet. Quantæ olim lites de hoc iure agitatæ fuerint, documenta publica oſtendunt, quæ hic repetere non vacat. Acta nouiſſimi banni imperialis habet ANTONIVS FABER in der Staats-Cantzley *tom. XI. c. 11. tom. XII. c. 11. tom. XIV. c. 5.* Res tandem deciſa fuit in *capit.* CAROL. VI. *art. 20.* hoc modo: Wir ſollen und wollen auch in Acht- und Ober-Acht-Sachen uns demienigen, was vermöge inſtrumenti pacis in dem jüngern Reichs-Abſchiede. §. nach dem auch in dem Münſter- und Oſnabrückiſchen Friedensſchluß ꝛc. verglichen und ſtatuiret worden, allerdings gemäß, ver-abſonderl. aber auch darauf halten, daß hinführo niemand hohen oder niedern Standes, Churfürſt, Fürſt oder Stand oder anderer, ohne rechtmäßige und gnugſame Urſache, auch ungehört und ohne Vor-

Vorwiſſen, Rath und Bewilligung des H. Röm. Reichs Churfürſten, Fürſten und Stände in die Acht oder Oberacht gethan, gebracht oder erklähret, ſondern in denen künfftigen caſibus darinn nach Beſchaffenheit des Verbrechens auf die Acht oder priuation, entweder vom Käyſerlichen fiſcal-Amts wegen oder auf Beruffen des lædirten und klagenden Theils zu procediren und in Rechten zu verfahren, und darüber wir entweder an dem Reichs-Hoffrath, oder unſerm und des Reichs Cammer-Gericht, pro adminiſtratione iuſtitiæ angeruffen und imploriret werden, zuförderſt in decretirung oder Auslaſſung derer auf die Reichs-Acht oder priuation gebetenen Ladungen und mandaten, ſo dann in der Sachen weitern Ausführung bis zum Beſchluß auf des heil. Reichs hierüber vorhin gefaßte Geſetze und Cammer-Gerichts-Ordnung genau und ſorgfältig Achtung geben, damit der Angeklagte nicht præcipitiret, ſondern in ſeiner habenden rechtmäßigen defenſion der Nothdurfft nach, angehöret werde. Admodum prudenter id conſtitutum fuiſſe, nemo negabit. Neque enim grauius præiudicium alicui, quam ex banno Imperii inferri poteſt, adeoque cauſſa hæc non præcipiti impetu expedienda, ſed maturo iudicio et totius Imperii deliberatione præuia tandem decidenda eſt.

Maioris momenti feuda vacantia Ceſar pro lubitu conferre nequit.

§. XIX. Sed quia portum quæro, plura his addere nequeo, vnicum tantummodo hiſce ſubiungens, Imperatori, vt domino feudi, integrum haud eſſe, feuda *maioris momenti* vacantia inconſultis ſtatibus aliis conferre. Ante omnia referam verba *Capit. Caroli VI. art. 11.* quæ rei ſeriem ita circumſcribunt: Wann auch inskünfftige Lehen dem Reich durch Todes-Fälle oder Verwürckung eröffnet, oder lediglich heimfallen werden, ſo etwas merckliches ertragen, als Churfürſtenthümmer, Fürſtenthü-

thümer, Grafſchafften, Herrſchafften, Städte und dergleichen, die ſollen und wollen wir, die Churfürſtenthümer ohne des Churfürſtlichen Collegii, die Fürſtenthümer, Graff- und Herrſchafften, Stadt und dergleichen aber ohne Churfürſtlicher, Fürſtlicher, (wenn es nemlich eine Reichs-Stadt betreffen thut) Städtiſcher Collegiorum Vorwiſſen und conſens ferner niemand leihen, auch niemand einige expectanz oder Anwartung darauf geben, ſondern zu Unterhaltung des Reichs, unſer und unſerer Nachkommen, König und Käyſern behalten, einziehen und incorporiren. Cum ergo conceſſio expectatiuarum Imperatori quoque ademta ſit, non poteſt etiam pacta confraternitatis confirmare, ſine eorum conſenſu, qui in verbis adductis deſiderantur. Plura adhuc moueri hic poſſent dubia, aliæque addi obſeruationes, de quibus agit ITTERVS *c. VII. de feud. Imper.* §. *6. ſqq.* aliique ſed non tractatum iuſtum ſcribo, verum ſummatim tantum venas aperio, ex quibus hæc *materia ardua* vlterius explanari poteſt, adeoque vel hæc adduxiſſe ſufficere poterunt. Si vero in hac de *arduis* meditatione errauero vel hoc ipſum mihi ſolatio erit, etiam peritiſſimos in *arduis* facile labi poſſe.

EXER-

EXERCITATIO XXXVII.

AD LIBR. V. PAND. TIT. II.

DE QVERELA INOFFICIOSI FRATRVM CONSANGVINEORVM.

ARGVMENTVM.

§. *I. Communis DD. ſententia de querela inofficioſi vterinis non competente. II. Origo huius querelæ, in libera teſtandi facultate olim incognitæ, III. ob huius abuſum vero introductæ. IV. V. Quo colore in ea introducenda vſi ſint ICti? VI. Laxior eius ab initio vſus, reſtrictus deinde principum reſcriptis. VII. Fratribus olim ſimpliciter competebat contra quoſcunque inſtitutos heredes. VIII. Secundum ordinem ſuccedendi ab inteſtato locus eſt huic querelæ. IX. Eſt hereditatis petitionis ſpecies. X. et XI. Dubia aduerſus hanc ſententiam propoſita et confutata. XII. Explicatur L. 6 §. 1. et L. 19. D. de inoff. teſt. XIII. Conſtitutio Conſtantini vterinos ab hac querela arcet. XIV. Quid in ea mutatum a Iuſtiniano? XV. Fratribus tantum competit querela aduerſus turpes heredes inſtitutos. XVI. Quinam dicantur leuis notæ macula notati? XVII. et XVIII. Examinatur ſententia illorum, qui aduerſus quoſcunque heredes ſcriptos fratribus querelam dant. XIX. Vterini in priori codice Iuſtinianeo adhuc excluſi ab hac querela. XX. XXI. Iura ſuccedendi vterinorum immutata ſunt a Iuſtiniano. XXII. Ex iuris noui analogia vterini admiſſi ſunt ad querelam. XXIII. Mutatus ſuccedendi ab inteſtato ordo per Nou. 118. XXIV. Hæc immutatio in mouenda querela inofficioſi teſtamenti ſeruanda. XXV. Ergo hodie germanorum fratrum præcipua præ conſanguineis iura ſunt in ea mouenda. XXVI. Conſanguineis fratribus ius querelam mouendi iure nouo non ademtum eſt. XXVII. Vterini cum illis æquali iure ad eam hodie admittendi.*

§. I.

Communis doctrina de querela fratrum.

Conſtans plerorumque interpretum iuris eſt traditio, fratres *germanos* et *conſanguineos* ſororesque querelam inofficioſi contra fratris defuncti teſtamentum mouere poſſe, ſi turpis vel leuis notæ macula laborans perſona inſtituta iisque prælata eſt, non item vterinos per *l. 27. C. de inoff. teſtam.* Quo planior vero ſententia huius legis primo adſpectu eſſe videtur, eo maioribus ſubiecta ſcopulis deprehenditur, ſi paullo accuratiori examine eius intimas peruoluimus rationes. Quid enim cauſſæ eſt, quod excludantur *vterini,* qui tamen paria cum *conſanguineis* iura acceperunt in *Nou. 118.?* Qua de cauſſa tantum fratres querelam mouere poſſunt turpi perſona inſtituta? et quænam talis eſt? quæ leuis notæ macula laborans? Denique num hoc tantum pertinet ad fratres *conſanguineos,* an etiam ad *germanos?* Poſtulant hæc et ſimilia dubia, vt paullo altius huius querelæ natales euoluantur, progreſſus oſtendantur, et collato iure nouo tandem inquiratur, num adhuc hodie *conſanguinei* h. e. eodem quidem patre, diuerſa tamen nati matre, ad hanc querelam admittendi, et vtrum *germanorum* et *conſanguineorum* circa eam paria ſint iura? quod nonnulli etiam in dubium vocant.

Multis inuoluta dubiis.

Origo querelæ inofficioſi ex iure non ſcripto.

§. II. Querelam *inofficioſi teſtamenti* magis *interpretatione prudentum* et *moribus* inualuiſſe, quam *lege ſcripta* fundatam eſſe, argumenta a celeberrimis viris, CORNELIO *van* BYNKERSHOEK *lib. II. obſeru. iur. Rom. c. 12.* IOANNE *van de* WATER *lib. I. obſeru. iur. Rom. c. II.* HVGONE DONELLO *lib. XIX. c. 3.* HOTTOMANNO *diſp. de quarta legitim, c. I.* adducta euidenter oſtendunt. Qui ad *edicta prætorum,* vel ad *L. Gliciam*

cum

cum GRAVINA *de orig. iur. ciu. lib. 3. §. 80.* prouocant, omni idoneo deſtituuntur præſidio, quo cauſſam ſuam inſtruant, nudisque coniecturis inanibus ducuntur. Videlicet LL. XII. tabb. teſtatoribus latiſſimam liberrimamque dederant poteſtatem de bonis ſuis diſponendi. Decemuiri enim ita cauerant: *vti quisque rei ſuæ legaſſit, ita ius eſto.* His verbis illimitatam poteſtatem, vltima voluntate diſponendi, contineri, animaduertebant ICti. Teſtis eſt POMPONIVS in *l. 120. D. de V. S. verbis legis duodecim tabularum his: vti legaſſit rei ſuæ, ita ius eſto, latiſſima poteſtas tributa videtur, et heredes inſtituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi.* Videbatur hæc lex accommodata eſſe ad *libertatem popularem*, qua nihil prius nihil potius habebat populus Romanus. Rationes *dominii quiritarii* talem poteſtatem ciuibus indulgebant, et vires patriæ poteſtatis, nullis limitibus circumſcriptæ, non poterant non inſignes ad hanc licentiam acceſſiones facere, accedente in primis antiquo teſtamentorum vſu, in *comitiis* conditorum, quo his publicam conciliabant auctoritatem, vt vel conſenſu ipſius populi valerent, quod indicat antiqua formula: *velitis iubeatis quirites* etc. Hoc modo condita teſtamenta admodum rata erant, vt ex capite *inofficioſi* reſcindi haud poſſent, cum, ſi vel maxime humanitatem læderent, *auctoritate* tamen *comitiali* pollebant, et ita his temporibus talis reſciſſio incognita erat.

Abuſus ex nimia licentia teſtandi.

§. III. Nihilominus hæc profuſa et ampliſſima licentia teſtandi inſignes producebat abuſus, incommoda, iniquitates, quemadmodum in genere nimia libertas ciuium magis obeſſe quam prodeſſe ſolet rebuſpublicis et priuatis. Agnouit id ipſum CICERO *lib. XI. epiſt. 12. Omnino eſt hoc populi,* MAXI-

MB-

MEQVE NOSTRI, *in eo potiſſimum abuti libertate, per quem eam conſecutus ſit.* Inde enim eueniebat, vt parentes ſæpe maligne circa ſanguinem ſuum inferrent iudicium, nouercalibus delenimentis inſtigationibusque corrupti, vt ICtus fatetur in *l. 4. D. de inoff. teſtam.* maxime cum iam *myſtica* condere inciperent *teſtamenta*, quibus decipi poterant liberi, fratres, parentes aliique, qui ſpem ſuccedendi haberent. Arbitrabantur ciues, ſe eos pro lubitu exheredare poſſe, quos et occidere poterant, vt PAVLVS in *l. 11. D. in f. de liber. et poſth. hered. inſtit.* rationes ſubducit, vnde auguror, olim ſub republica libera ne quidem *quartæ legitimæ* ius cognitum, ſed vt *van de* WATER *lib. I.* docet, ſub imperatoribus illud demum introductum fuiſſe, quod quidem negat ANTON. CONTIVS *lib. 1. lect. ſubſeciv. c. 3.* putatque querelam eodem tempore, quo quarta legitima introducta eſt, inualuiſſe; ſed ſine ſolido fundamento. Eadem licentia effrenis nouum peperit abuſum, quod legatis totum patrimonium exhaurirent, vt heredi præter inane nomen nihil amplius relinqueretur, fatente ipſo imperatore in *pr. I. ad L. Falcid.* Et quid dicam de fratribus, parentibus, aliisque, quos neceſſitudo ſanguinis ad ſucceſſionem defunctorum vocabat? hos ſæpe numero inhumano modo, contra pietatis officium, ſine vlla iuſta cauſſa, a ſucceſſione excludebant, hominesque peſſimæ notæ ſordidosque iis præferebant, vel ad minimum extraneos, a lege ad ſucceſſionem non vocatos. Non peccabant hoc ipſo quidem contra regulas *iuſti*; *humanitatis* tamen regulas adeo violabant, vt quotidianæ querelæ hac de cauſſa fora perſonarent. Interim conſtabat, ratum eſſe debere, quod a regulis iuris non abſolute deuiabat, nec id, quod *humanitati æquitatique* aduerſabatur, ad reſcindendum teſtamentum idoneum aptumque eſſe.

§. IV.

§. IV. Tot tandem querelis de *inhumanis* et *iniquis* hiſce *diſpoſitionibus* emergentibus, magis *humanitatis* quam *ſtricti iuris* ratio habita fuiſſe videtur. Quamuis enim, prout dictum eſt, ſola *humanitatis violatae* ratio ad irritandum actum ſufficere haud poſſit, occaſionem tamen præbere poteſt, vt, creſcente nimium abuſu, paullatim noua præſidia contra eum excogitentur, interpretatione prudentum adiuuentur, laudentur, commendentur et moribus tandem confirmentur. Inhumanum erat proximos immerentes præterire et a ſucceſſione arcere cognatos: inhumanius parentes et fratres: inhumaniſſimum vero liberos. Pietatis et ſanguinis vinculum hos ad ſucceſſionem vocabat: huius officium violabat, qui nihil tale meritos excludebat, et inde tale teſtamentum *inhumanum improbum* et *inofficioſum* ex merito vocabatur, quod quidem *iure ſtricto* validum ratumque, improbe tamen conditum erat. Hanc *impietatem* ICti *furori* æquiparandam eſſe cenſuere, *nec enim atra bili ſolum mens, ſed etiam iracundia grauiore vel timore vel dolore mouetur, quo genere furere dicuntur* homines, vt ait CICERO *lib.* 5. *Tuſc. quæſt.* Quin quod quoduis ſcelus, et impietas *furor moralis* recte dicatur, ſi inordinatum et peruerſum voluntatis pruritum intuemur. Id ipſum rurſus CICERO *orat. in L. Piſon.* his declarat verbis: *ſua quemque fraus, ſuum facinus, ſuum ſcelus, ſua audacia de ſanitate et mente deturbat: hæ ſunt impiorum furiæ, hæ flammæ, hæ faces.* Inde *interpretatione prudentum* paullatim obtinuit, vt talia teſtamenta impia, quaſi a *furioſo* facta, dicerentur, et eorum reſciſſio a *centumuirali iudicio,* quod de hereditatibus ius dicebat, vrgeretur, et, ſuadente ſingulari æquitate, nonnunquam impetraretur, vt *ius ſtrictum* ex *humanitate* temperaretur. Præſto ſunt eiuſmodi exempla apud

Inde cogitatum de remediis teſtamentainique reſcindendi,

ſub colore furoris moralis,

quod exemplis declaratur.

apud VALERIVM MAXIMVM *lib. VII. c. 7.* quæ declarant, impia talia teſtamenta auctoritate centumuiralis iudicii reſciſſa fuiſſe. Tale teſtamentum inhumanum M. Anneius a patre præteritus apud centumuiros reſcidit, quod quidem auctoritate Pompeii magni, eius ſignatore, nitebatur; ſed *arctiſſimum*, ait VALERIVS, *inter homines procreationis vinculum, patris ſimul voluntatem, et principis viri auctoritatem ſuperauit.* Simile quid conſtituit AVGVSTVS in TETTIO, *quoniam Tettius in proprio iure procreato filio ſumma cum iniquitate paternum nomen eiurauerat*, vt locum VALERII emendat LIPSIVS. Pari ratione Terentius a filio exheredatus reſciſſionem teſtamenti obtinuit. *Mouit Piſonem*, prætorem, *patria maieſtas, donum vitæ, beneficium educationis: ſeu aliquid etiam flexit circumſtantium liberorum numerus, quod cum patre ſeptem fratres* IMPIE *exheredatos videbat.* Alia huius farinæ *improba teſtamenta* adducuntur a VALERIO *cit. l. c. 8.* quæ tamen rata manſere, quod hi, quibus iniuria facta erat, eam æquo potius ferre animo quam iudicio contendere mallent. Aebutiæ tabulæ *plenæ furoris* fuiſſe dicuntur, in quibus alteram filiam inſtituit, alteram vero ſine vlla iuſta cauſſa excluſit, quas hæc tamen impugnare recuſauit, *eo ſe ipſa indigniorem iniuria oſtendens quo eam æquiore animo ſuſtinebat.* Non leuis enim videbatur *iniuria* liberis aliisque heredibus illata, ſi hereditas lege debita, ſine vlla iuſta cauſſa, iis adimeretur, quam naturalis caritas commune votum parentum et ſanguinis neceſſitudo iis deferebat. *l. 8. pr. de inoff. teſtam.* Pompeius Rheginus teſtamento fratris præteritus erat, *inſtituti vero heredes neque ſanguine patrio pares, neque proximi: ſed et alieni et humiles: vt non ſolum flagitioſum ſilentium, ſed etiam prælatio contumelioſa videri poſſet;* nihilominus tamen

multum ac diu inter aſſentientes indignationi ſuæ amicos queſtus quod ad haſtæ iudicium attinuit, cineres fratris quietos eſſe paſſus eſt, victoriam ſine dubio obtenturus, ſi contendere voluiſſet.

§. V. Inde natales ſuos *querela inofficioſi teſtamenti* accepit, inde ſine dubio dicta, quod inique excluſi aut præteriti conquererentur *de iniuria ſibi facta*, de teſtamento contra *pietatis* humanitatis et *officii* regulas condito, immo de ipſo *furore morali* defuncti. Hunc in finem hoc colore vtebantur excluſi, quaſi defunctus non fuiſſet ſanæ mentis, cum teſtamentum condidiſſet, et eo ſub obtentu reſciſſionem teſtamenti impetrabant ex æquo et bono. Pedetentim hæc querela in meliorem formam redacta et variis aucta legibus, vt non amplius ab *arbitrio centumuiralis iudicii* dependeret ſimpliciter, ſed ex legum auctoritate et circumſcripta forma ſubſiſteret. *Inde querela inofficioſi inualuit.*

§. VI. Hac conſtituta, reſtricta paulliſper fuit facilitas admittendi querelas haſce, cui nimium quandoque indulſiſſe videntur centumuiri ex quadam cerebrina æquitate, ceu nonnulla exempla apud VALERIVM *lib. 7. c. 8.* docent. Obſeruat id ipſum quoque IOHANNES VAN DE WATER *cit. l. c. 12.* et, *eouſque*, ait, *profuſa iudicum ſub primis imperatoribus in admittendis querelis facilitas ſe porrexit, vt ſanguine remotiores, immo nullo ſanguinis vinculo nexi, ſi de teſtante ſe bene meritos vel propenſam eius voluntatem licet nudis et vix ſeriis verbis aliquando prolatam rite probaſſent, hereditatem inſtitutis auocare potuerint.* Nouus hic abuſus, ex iudicum *cerebrina æquitate* nonnunquam deductus legibus merito circumſcribendus fuit. Paullo liberius arbitrium iudicibus, more iam inueterato, datum erat, quo non poterant non abuti, qui ſub prætextu *violatæ humanitatis æquitatisque* amico *Sepius nimium ex æquitate cerebrina extenſa a iudicio centumuirali.*

 gra-

gratificari volebant. Ad hos motus inordinatos compeſcendos neceſſarium fuit legum frenum, quo ad certos limites coërceretur iudicum audacia. Videtur autem primo querela tantum fuiſſe reſtricta ad heredes legitimos ab inteſtato, et quidem in primis ad *proximiores*. Iam tempore VLPIANI vltra *fratres* et *parentes* querela rarius admiſſa. Ita enim in *l. 1. D. de inoff. teſtam. Sciendum eſt, frequentes eſſe inoſſiciofi querelas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inoſſiciofo licet diſputare. Cognati enim proprii, qui ſunt vltra fratrem, melius facerent, ſi ſe ſumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere ſpem non haberent.* Non *abſolute* ius, querelam mouendi, denegat ceteris conſanguineis ICtus, quin potius præſupponit, legem quidem *prohibitiuam* deeſſe, interim varias difficultates occurrere, quibus obſepti rarius eo tempore ſuperiores in lite exiſterent. Parcius iam remotioribus querela indulgebatur, et non niſi concurrentibus ſingularibus æquitatis rationibus dabatur. Idem VLPIANVS in *l. 6. d. inoff. teſtam.* poſthumo etiam hanc querelam dari ait intuitu teſtamentorum eorum, quibus ſuus heres vel legitimus potuiſſet fieri, ſi in vtero fuerit mortis eorum tempore. Addit vero: *ſed et cognatorum, quia et horum ab inteſtato potuit bonorum poſſeſſionem accipere.* Fratres nomine *cognatorum* intelligendos eſſe, communiter aiunt; verum quin etiam *alios proximiores* hac appellatione ICto ſignificare potuerit, ratio adducta docet. Tandem reſcriptis principum adeo reſtricta, vt remotiores ab illa excluſi fuerint. Tempore DIOCLETIANI et MAXIMIANI enim vltra fratres nemo amplius ad querelam admiſſus eſt, ceu liquido apparet ex *l. 21. C. de inoff. teſt.* anno 244. lata, vbi ita: *cum nemo eorum, qui ex tranſuerſa linea veniunt, exceptis fratre et ſorore, ad inoſſicioſi querelam admittatur.*

Inde reſtringi coepit

ad fratres.

§. VII.

§. VII. Illud olim parum referebat, quinam eſſent inſtituti, honeſti an turpes; ſufficiebat, hos præter meritum eſſe excluſos, quibus ſucceſſio *ex lege* debebatur. Etiam fratribus et ſororibus *indiſtincte* hæc querela dabatur, quamuis iniuria eo grauior et intolerabilior eſſet, ſi homines ſordidi, et turpiſſimi iis eſſent prælati, vt recte obſeruant VAN DE WATER *cit. l. c. 12.* et HERTIVS *de fratris Germani querela adu. quoſcunque ſect. II. §. 3.* Qua de cauſſa in *l. 5. et 21. C. de inoffic. teſtam.* non fit mentio turpium vel maculatarum perſonarum inſtitutarum, quamuis de fratribus et ſororibus vtraque lex diſponat, cum eo tempore non illud, quis eſſet inſtitutus? ſed potius hoc, quis præter meritum excluſus? quærebatur. Nec enim ſatis fundata eſt coniectura IACOBI GOTHOFREDI *ad l. 1. C. Theod. de inoffic. teſtam.* arbitrantis, fratres non aliter ante CONSTANTINVM M. admiſſos fuiſſe, quam ſi *ſeruus*, vel *extraneus* vel *non municeps* inſtitutus fuerit. Colligit hoc ipſum ex *l. 31. §. 1. D. de inoffic. teſtam.* vbi ICtus ita: *quantum ad inofficioſi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil intereſt, quis ſit heres ſcriptus ex liberis an extraneis, vel municipibus.* A contrario ſenſu inde concludit, quoad *fratres*, multum intereſſe, quis heres ſcriptus ſit, quod horum non fecerit mentionem. Enim vero quod tantum *liberorum* et *parentum* mentionem fecerit ICtus, inde non ſtatim fratres excludere voluit; ne dicam argumenta talia minus concludere. Aliud præſidium quærit GOTHOFREDVS in *l. 24. eod.* quæ de *fratre* agente loquitur, ſupponitque caſum, *ſi heredes ſcripti diuerſi iuris fuerint* h. e. prout exponit GOTHOFREDVS ſi *liber* cum *ſeruo*, *ciuis* cum *peregrino*, *municeps* cum *non-municipe* inſtituti fuerint. Eiuſmodi vero perſonas *diuerſi iuris* in *cit. l.* non neceſſario præ-

Dabatur olim querela indiſtincte contra quoſcunque heredes ſcriptos.

Etiam quoad fratres excluſos.

præſupponendas eſſe, iam obſeruauit VAN DE WATER *cit. c. 12. p. 71.* cum *diuerſi iuris* perſonæ recte dici poſſint *frater* et *extraneus*. Quid enim, ſi frater natu minor et extraneus fuerint inſtituti, fratre natu maiore excluſo? Contra *extraneum* quidem obtinere poterit frater exheredatus non æque contra fratrem; cum per illius, non huius inſtitutionem læſus fuerit, et inde euenerit, vt pro parte teſtatus et pro parte inteſtatus teſtator deceſſiſſe videretur. Diuerſi enim iuris recte dicuntur, qui *diuerſo iure* gaudent, quales ſunt *heredes legitimi* et *extranei* in hac de *inofficioſa* doctrina. Conf. *l. 15. §. 2. d. inoffic. teſtam.*

Querela competebat ſecundum ordinem et ius ſuccedendi ab inteſtato,

§. VIII. Sicuti itaque querela hæc introducta eſt in fauorem eorum, quos lex ad ſucceſſionem vocabat, a qua per *iniuriam* erant excluſi, ita ſimul liquet, eo ordine quoque conquerentes admiſſos fuiſſe, quo ad ſucceſſionem vocati eſſent. *l. 6. §. 1. d. inoff. teſtam.* Nec enim de *iniuria* ſibi facta conqueri poterant, qui ne quidem, tabulis non extantibus, ſuccedere poterant, ideo, quod a proximioribus excluderentur.

et primo quidem liberis,

Inde prima cauſſa ſine dubio erat *liberorum* ſuorum; emancipatis *directo* querela non dabatur, quod iure *ciuili* non ſuccederent: beneficio prætoris tamen admitti poterant, accepta bonorum poſſeſſione *litis ordinandæ gratia*, qua demum ius ſuccedendi ex iure prætorio conſequebantur, quæ ſuis minus neceſſaria erat, quod ab inteſtato a lege iam eſſent vocati. *l. 7. l. 8. D. de inoff. teſtam.* Prætor demum emancipatos reddebat capaces ſucceſſionis, et data *bonorum poſſeſſione* efficiebat, ne iis conquerentibus amplius obiici poſſet, ſibi nullam factam fuiſſe iniuriam per excluſionem, et conſequenter locum querelæ haud eſſe. conf. AVERANIVS *lib. I. interpret. iur. c. 8. n. 14. ſqq.* Libe-

ris

deinde fratribus et parentibus;

tis deficientibus *fratres* ſtatim admiſſos fuiſſe arbitror, quod hi ante parentes ſuccederent, vt liquet ex *pr. I. quib. non eſt per-miſſ. l. f. C. comm. de ſucceſſ.* poſt ſuos enim ſtatim *conſanguinei* vocabantur, vt docet ICtus in *l. 1. §. 9. D. de ſuis et legit. hered.* Quoad *parentes* tamen erat quædam diuerſitatis ratio, vtrum *ſuus* an vero *emancipatus* deceſſiſſet? Illo decedente ab inteſtato, *nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus,* ad parentes eius pertinebat peculium caſtrenſe et quaſi caſtrenſe iure quodam poſtliminii. *l. pen. §. 3. de caſtrenſ. pecul.* Et hoc eſt, quod dicitur in *l. 15. pr. d. inoffic. teſtam.* quod *etſi parentibus non debeatur filiorum hereditas,* iure ſcilicet ſuccedendi ordinario, *turbato tamen ordine moralitatis non minus quam liberis pie relinqui debeat;* eo ſcilicet modo, quo bona filiorum pater olim capere poterat. Emancipato vero mortuo, pater exemplo patroni iure prætorio deficientibus defuncti liberis naturalibus, ſuccedebat, *l. 1. pr. D. ſi a par. quis manumiſ.* et ita *exheredatus* accepta itidem bonorum poſſeſſione *litis ordinandæ gratia,* ad querelam admittebatur, eo tamen ordine, quo iure prætorio vocatus erat, de quo vid. *tit. I. de ſucceſſ. libert.* Hæc eadem ratio quoque faciebat, vt *ſucceſſorio edicto* locus eſſet in querela, ſi proximior nollet aut non poſſet accuſare. *l. 31. pr. D. de inoff. teſtam.* VINNIVS *lib. I. ſelect. quæſt. c. 20.* Illuſtrat hoc PAPINIANVS in *l. 14. D. eod.* exemplo patris, qui filium emancipauerat, retento ex eo nepotem. Hic poſtea alio filio ſuſcepto, duobus exheredatis, patre præterito, vita deceſſit. Hoc caſu *liberorum* cauſſa præcedebat, et patris intentio adhuc pendebat. Quodſi enim contra filios, probata ingratitudine, iudicatum fuerit, pater ad querelam vocabatur, et ſuam intentionem implere poterat. Hoc caſu vero *iure proprio* querelam moue-

Admiſſo edicto ſucceſſorio.

bat

bat ſequens: quandoque etiam *iure tranſmiſſo*, ſi exheredatus, præparata querela, decedebat, quam heres ex *perſona defuncti* continuare poterat, *l. 6. in f. l. 7. D. l. 5. et l. 34. C. d. inoff. teſtam.* licet alias *iure proprio* ad querelam admitti haud potuerit.

Per querelam intendebatur ſucceſſio ab inteſtato,

§. IX. Dictum eſt ex *l. 14. d. inoff. teſtam.* patrem, filio a querela remoto, ſuam *intentionem* implere potuiſſe. Quorſum vero hæc intentio tendebat? ſine dubio *ſucceſſionem ab inteſtato* pro ſcopo habebat, a qua exheredatus inique et ſine iuſta cauſſa excluſus erat. Qui ergo agebat, vnice hanc ſucceſſionem intendebat, ſicuti ab agendo repellebatur, cui omnis ſpes ſuccedendi ab inteſtato ademta erat. Quæ cum ita ſint, merito in horum caſtra tranſeundum eſſe iudico, qui hanc querelam *petitionem quandam hereditatis* eſſe arbitrantur, negantque, hac querela tantum reſcindi teſtamentum, et eo reſciſſo, agendum adhuc eſſe hereditatis petitione, quam ſententiam vt veriorem amplectuntur VINNIVS *lib. I. ſelect. quæſt. c. 19.* AVERANIVS *cit. l. n. 5.* SCHVLTING. *in iuriſprud. antei. ad Iul. Paul. ſent. lib. 4. tit. 5. §. 4. p. 396.* WESENBEC. *ad tit. Cod. de inoff. teſtam. n. 2.* Quid enim aliud intendebat actor, quam vt, reſciſſo teſtamento, *ab inteſtato* ſuccederet? adeoque ſi teſtamentum *inofficioſum* iudicatum eſſet, ſtatim bona defuncti actori adiudicabantur, vt auctor eſt VALERIVS MAXIMVS *lib. 7. c. 7.* Hac de cauſſa qui teſtamentum dicit inofficioſum, *hereditatem petere*, *l. 8. §. 8. de inoff. teſtam.* et *euincere l. 21. in f. eod.* immo *vindicare l. 27. §. 3. eod.* et denique *hereditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtituere* in *l. 34. pr. C. d. inoff. teſtam.* dicitur. Quoniam qui hoc propoſito accuſationem inſtruit, agnouiſſe ſucceſſionem ipſo facto non immerito videtur. *l. 14. D. de bonor.*

et ipſa querela erat petitio hereditatis.

bonor. poſſeſſ. Et quid aliud eſt, teſtamentum arguere inofficioſum, quam allegare, ſe per iniuriam et immerentem a ſucceſſione ab inteſtato excluſum? hanc vnice intendit, petit, vindicat, et ob hanc vrget reſciſſionem teſtamenti.

§. X. Quæ huic ſententiæ obiici poſſunt, plena manu adlata ſunt a Dn. COCCEIO *in iur. controu. ad tit. de inoff. teſtam. qu.* 2. ſed a VINNIO aliisque iam reiecta. Palmarium inter cetera hoc videtur argumentum eſſe, quod heres ſcriptus non poſſit dici *pro herede vel pro poſſeſſore poſſidere*, cum verus ſecundum leges ſit heres, non putatiuus. Enim vero hoc ipſo, *pro herede* poſſidere dicitur, quod *improbiſſimus heres* ſit, vt ait VALERIVS MAXIMVS *lib. 7. c. 7.* et contra *pietatem*, *æquitatem* et *humanitatem* legitimo heredi prætextu tabularum hereditatem præripere intendat; immo eo reſpectu, quo teſtamentum *vt inofficioſum* arguitur, non eſt heres verus, ſed iniquus hereditatis alienæ detentor. Id SEVERVS et ANTONINVS in *l. 1. C. eod.* faſſi ſunt conſtituentes, heredem ſcriptum perinde teneri, *ac ſi pro herede vel pro poſſeſſore poſſideret.* Aiunt porro diſſentientes: *hereditatis petitionem eſſe vel ex teſtamento vel ab inteſtato*; ad neutram claſſem vero hanc querelam referri poſſe, non *ex teſtamento*, quo excluſus eſt actor: non *ab inteſtato*, quod ſucceſſionis huius, tabulis exſtantibus, nulla ratio ſit. Ego vero aſſero hanc petitionem ſeſe fundare in *ſucceſſione ab inteſtato* vel *bonorum poſſeſſione*, quod vel inde liquidum eſt, quia emancipati, antequam agerent, bonorum poſſeſſionem *litis ordinandæ gratia*, impetrare cogerentur, vt ſucceſſionis ab inteſtato hoc modo capaces redderentur. Præterea qui agit, id ipſum vrget, quod tabulæ *furoris plenæ* ſint, quodque per *iniuriam* a ſucceſſione ab inteſtato excluſus ſit; tabulis autem

Argumentum contrarium primum, quod heres ſcriptus non poſſit dici pro herede poſſidere.

Argum. ſecundum quod hic deſit omnis ſucceſſio tum ex teſtamento, tum ab inteſtato.

bat ſequens: quandoque etiam *iure tranſmiſſo*, ſi exheredatus, præparata querela, decedebat, quam heres ex *perſona defuncti* continuare poterat, *l. 6. in f. l. 7. D. l. 5. et l. 34. C. d. inoff. teſtam.* licet alias *iure proprio* ad querelam admitti haud potuerit.

Per querelam intendebatur ſucceſſio ab inteſtato,

§. IX. Dictum eſt ex *l. 14. d. inoff. teſtam.* patrem, filio a querela remoto, ſuam *intentionem* implere potuiſſe. Quorſum vero hæc intentio tendebat? ſine dubio *ſucceſſionem ab inteſtato* pro ſcopo habebat, a qua exheredatus inique et ſine iuſta cauſſa excluſus erat. Qui ergo agebat, vnice hanc ſucceſſionem intendebat, ſicuti ab agendo repellebatur, cui omnis ſpes ſuccedendi ab inteſtato ademta erat. Quæ cum ita ſint, merito in horum caſtra tranſeundum eſſe iudico, qui hanc querelam *petitionem quandam hereditatis* eſſe arbitrantur, negantque, hac querela tantum reſcindi teſtamentum, et eo reſciſſo, agendum adhuc eſſe hereditatis petitione, quam ſententiam vt veriorem amplectuntur VINNIVS *lib. I. ſelect. quæſt. c. 19.* AVERANIVS *cit. l. n. 5.* SCHVLTING. *in iuriſprud. antei. ad Iul. Paul. ſent. lib. 4. tit. 5. §. 4. p. 396.* WESENBEC. *ad tit. Cod. de inoff. teſtam. n. 2.* Quid enim aliud intendebat actor, quam vt, reſciſſo teſtamento, *ab inteſtato* ſuccederet? adeoque ſi teſtamentum *inofficioſum* iudicatum eſſet, ſtatim bona defuncti actori adiudicabantur, vt auctor eſt VALERIVS MAXIMVS *lib. 7. c. 7.* Hac de cauſſa qui teſtamentum dicit inofficioſum, *hereditatem petere*, *l. 8. §. 8. de inoff. teſtam.* et *euincere l. 21. in f. eod.* immo *vindicare l. 27. §. 3. eod.* et denique *hereditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtituere* in *l. 34. pr. C. d. inoff. teſtam.* dicitur. Quoniam qui hoc propoſito accuſationem inſtruit, agnouiſſe ſucceſſionem ipſo facto non immerito videtur. *l. 14. D. de*

et ipſa querela erat petitio hereditatis.

bonor.

bonor. poſſeſſ. Et quid aliud eſt, teſtamentum arguere inofficioſum; quam allegare, ſe per iniuriam et immerentem a ſucceſſione ab inteſtato excluſum? hanc vnice intendit, petit, vindicat, et ob hanc vrget reſciſſionem teſtamenti.

§. X. Quæ huic ſententiæ obiici poſſunt, plena manu adlata ſunt a Dn. COCCEIO *in iur. controu. ad tit. de inoff. teſtam. qu.* 2. ſed a VINNIO aliisque iam reiecta. Palmarium inter cetera hoc videtur argumentum eſſe, quod heres ſcriptus non poſſit dici *pro herede vel pro poſſeſſore poſſidere*, cum verus ſecundum leges ſit heres, non putatiuus. Enim vero hoc ipſo, *pro herede* poſſidere dicitur, quod *improbiſſimus heres* ſit, vt ait VALERIVS MAXIMVS *lib. 7. c. 7.* et contra *pietatem*, *æquitatem* et *humanitatem* legitimo heredi prætextu tabularum hereditatem præripere intendat; immo eo reſpectu, quo teſtamentum *vt inofficioſum* arguitur, non eſt heres verus, ſed iniquus hereditatis alienæ detentor. Id SEVERVS et ANTONINVS in *l. 1. C. eod.* faſſi ſunt conſtituentes, heredem ſcriptum perinde teneri, *ac ſi pro herede vel pro poſſeſſore poſſideret*. Aiunt porro diſſentientes: *hereditatis petitionem eſſe vel ex teſtamento vel ab inteſtato*; ad neutram claſſem vero hanc querelam referri poſſe, non *ex teſtamento*, quo excluſus eſt actor: non *ab inteſtato*, quod ſucceſſionis huius, tabulis exſtantibus, nulla ratio ſit. Ego vero aſſero hanc petitionem ſeſe fundare in *ſucceſſione ab inteſtato* vel *bonorum poſſeſſione*, quod vel inde liquidum eſt, quia emancipati, antequam agerent, bonorum poſſeſſionem *litis ordinandæ gratia*, impetrare cogerentur, vt ſucceſſionis ab inteſtato hoc modo capaces redderentur. Præterea qui agit, id ipſum vrget, quod tabulæ *furoris plenæ* ſint, quodque per *iniuriam* a ſucceſſione ab inteſtato excluſus ſit; tabulis autem eiuſ-

Argumentum contrarium primum, quod heres ſcriptus non poſſit dici pro herede poſſidere.

Argum. ſecundum quod hic deſit omnis ſucceſſio tum ex teſtamento, tum ab inteſtato.

eiuſmodi furore plenis extantibus, ſucceſſio ab inteſtato in effectu non adempta videtur. Vrgent porro diſſentientes: alio ordine querelam dari et alio deferri ſucceſſionem ab inteſtato: id vero, ſaltim iure veteri, quo hæc querela introducta eſt, falſum eſſe, ſupra iam obſeruaui, oſtendique eodem ordine dari querelam, quo ab inteſtato ſucceditur. Vtrum vero hoc ipſum iure nouo mutatum fuerit, ex infra dicendis apparebit.

Nouum argumentum quod in hac querela non adiudicetur hereditas vincenti.

§. XI. Speciosior hæc eſt obiectio, quod actori in hac querela vincenti non adiudicetur hereditas, *l. 6. §. 1. de inoff. teſtam.* nec qui totam querelam habuit, et in ea obtinuit, totam conſequatur hereditatem *l. 19. eod.* id quod tamen fieri deberet, ſi querelæ huic ineſſet hereditatis petitio. Ego vero hoc argumentum inuertendum, et aſſerendum eſſe iudico, omnino in hac querela hereditatem ab inteſtato adiudicari, cum eam *petat, euincat, vindicet.* Hoc innuit ICtus in *l. 7. §. 1. de hered. petit.* vbi hæc duo coniunguntur: *dicens ſuſcepturum ſe de inofficioſo teſtamento iudicium et petiturum hereditatem.* Nec PAVLVS in *l. 17. pr. de inoff. teſtam.* aliter philoſophatur, quin potius præſupponit, per hanc querelam hereditatem adiudicari victori. Referam ſpeciem ibidem propoſitam, ad hanc ſententiam illuſtrandam. Pater duos filios, quos tantum habebat, exheredauit, inſtituta eorum nouerca: alter eorum egit querela inofficioſi, et alter abſtinuit. Quid ſi ergo ille obtineat? an victoria hæc quoque proſit ei, qui querela abſtinuit? Ratio dubitandi his continetur verbis: *Quia reſciſſo teſtamento, alter quoque ad ſucceſſionem vocatur et ideo vniuerſam hereditatem non recte vindicaſſet.* Vindicauerat itaque vniuerſam hereditatem frater exheredatus per hanc querelam, eaque illi, ſi obtinebat, adiudicanda erat. Hoc innuit ratio decidendi hæc: *hic ſi obti-*

nuerit

Digitized by Google

nuerit, vtetur rei iudicatæ exceptione, contra fratrem ſcilicet, querelam haud mouentem, et tamen ex poſtfacto a fratre victore hereditatem *pro parte dimidia* petentem. Quomodo enim hac exceptione vti potuiſſet niſi vniuerſa hereditas ei eſſet adiudicata a centumuiris? quod etiam indicant verba ſequentia: *quaſi centumuiri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc, cum facerent inteſtatum* defunctum ſcilicet, per adiudicationem hereditatis ab inteſtato) *crediderint*.

§. XII. Neque vero contrarium colligi poteſt ex *l. 6. §. 1. de inoff. teſtam.* cuius ſpecies hæc eſt: *Si quis ex his perſonis, quæ ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, de inofficioſo egerit*, (nam olim etiam amicos et benefactores quandoque egiſſe docet VALERIVS *lib. 7. c. 8.*) *nemo enim eum repellit* (licet adfuerit filius exheredatus, qui potuiſſet interueniendo eum repellere, id quod tamen neglexit, non animo repudiandi, ſed quod forſan aliter impeditus eſſet) *et caſu obtinuerit*, quia centumuirorum arbitrium nimis laxum erat, vt quandoque caſum pro amico admitterent. Quæritur iam quid iuris? an hereditatem retinere poterit, quam obtinuit reſciſſo teſtamento, per querelam? Id enim erat conſequens victoriæ obtentæ, adeoque neceſſario præſupponi debet, ei hereditatem adiudicatam immo traditam fuiſſe. Quia tamen poſtea filius, quaſi e ſomno excitatus, vindicat a victore hereditatem, et ſibi exceptionem *rei iudicatæ* non obeſſe poſſe, allegat, quæſtio mota fuit quid iuris? Reſpondet ICtus, non prodeſſe victori victoriam, *ſed his, qui habent ab inteſtato ſucceſſionem; nam inteſtatum patremfamilias fecit.* Neque enim *rei iudicatæ* exceptio ei opponi poterat, qui non egerat, nec victor hereditatem retinere, quod nullam ſuccedendi ab inteſtato

Explicatur l. 6. §. 1. d. in- off. teſtam.

facultatem haberet, quin potius ea his reſtituenda, qui, poſtquam teſtator inteſtatus factus eſt, *ab inteſtato* ſuccedere poſſunt. Neque porro præſidium diſſentientibus præbet PAVLVS in *l.* 19. *eod.* cuius ſpecies hæc eſt: *mater decedens extraneum ex dodrante heredem inſtituit, filiam vnam ex quadrante, alteram præterit: hæc de inofficioſo egit, et obtinuit.* Quæritur quomodo *filiæ ſcriptæ* ſuccurrendum ſit? Ratio dubitandi duplex erat, quæ *filiæ ſcriptæ* magnopere obſtabat. Prima erat, quod filia præterita egerat contra extraneum et ſororem, adeoque dici ſeu obiici poterat, *eam, quæ omiſſa eſt, etiam ſi totam hereditatem ab inteſtato petat,* (quod per querelam ab ea motam fiebat) *et obtineat,* quia teſtamentum vt inofficioſum reſcindebatur, *ſolam habituram vniuerſam ſucceſſionem, quemadmodum ſi altera omiſiſſet legitimam hereditatem.* Reſpondet vero ICtus: *ſed non eſt admittendum, vt aduerſus ſororem audiatur, agendo de inofficioſo.* Hæc verba oſtendunt, ſororem omiſſam tantum egiſſe *de inofficioſo,* et, vt antecedentia declarant, *totam hereditatem ab inteſtato ea querela petiiſſe, et obtinuiſſe.* Ita vero intelligendam eſſe ſententiam putat ICtus, vt tantum victoriam obtinuerit contra *extraneum,* non contra *ſororem,* per cuius inſtitutionem non erat læſa. Altera ratio, quæ filiæ ſcriptæ obſtabat, hæc erat, quod adeundo hereditatem maternam *ex teſtamento,* cenſeretur renunciaſſe ſucceſſioni ab inteſtato. Reſpondet vero recte ICtus: *dicendum eſt, non eſſe ſimilem, omittenti eam, quæ ex teſtamento adiit.* Probat hoc ipſum eo argumento: *nec enim, quæ ex teſtamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem neſcit ſibi deferri,* id quod in ſequentibus vlterius declarat, et tandem concludit: *Ex quibus apparet non recte totam hereditatem præteritam,* quæ de inofficioſo agit,

Explicatur l. 19. de inoff. teſtam.

VINDICARE, *cum reſciſſo teſtamento etiam inſtituta ſaluum ius ſit adeundæ hereditatis* ab inteſtato. Sic itaque ex hoc textu plus quam manifeſtum eſt, exſecutionem ſententiæ in querela latæ eſſe *reſtitutionem hereditatis ab inteſtato*, nec neceſſe eſſe, vt duplici remedio hic agatur, *querela*, ſcilicet, vt *remedio* quodam *præparatorio*, et *hereditatis petitione*, cum hæc illi inſit, et exſecutio in illa deficeret, ni ſtatim abſque vllo nouo remedio in ipſam hereditatem illa poſſet fieri. Hæc vel ideo plenius explananda fuere, vt conſtaret, hanc querelam non tantum ſequi *ordinem ſuccedendi ab inteſtato*, ſed etiam eandem operari, id quod inſigne nobis argumentum præbebit in querela a *fratribus conſanguineis* mouenda.

Fratres vterini a querela excluſi.

§. XIII. Quia vero ſupra §. 6. *in f.* iam obſeruatum eſt, per *l.* 21. *C. de inoff. teſt.* anno 294. latam, querelam vltra fratres et ſorores in linea tranſuerſa non fuiſſe extenſam, ſpecialius nunc indicandum eſt, quid poſtea per nouas leges circa querelam fratrum immutatum vel declaratione quadam illuſtratum fuerit? CONSTANTINVS in *l.* 1. *C. Theod. de inoff. teſt.* declaratio duas addidit, quarum altera ex iure antiquo fluxit; altera vero nouum plane ius conſtituit. Per primam *fratres vterinos* ab inofficioſi querela arcuit, non alia de cauſſa, quam quod eſſent *cognati*, de iure ciuili a ſucceſſione legitima, quæ ſolius *agnationis* rationem habebat, prorſus excluſi, cum tamen non aliis querela competeret, quam quibus *ſucceſſio ab inteſtato* attributa eſt. Ceterum quamuis *vterini fratres* ex edicto prætoris, *vnde cognati*, ſuccedere poſſent, ea tamen ſucceſſio iis ad querelam mouendam non proderat, quia, omnibus demum agnatis deficientibus, huic edicto locus erat. *pr. I. de ſucceſſ. cognat.* Quia vero poſt fratres ger-

Quod ſucceſſio legitima iis eſſet denegata.

manos, agnatorum nulli ad querelam admittebantur, qui tamen *fratres vterinos* in ſucceſſione præcedebant, nec *vterini* audiendi erant, ſi vel maxime, agnatis omnibus deficientibus, ex *edicto prætoris* bonorum poſſeſſionem impetrare potuiſſent, ſi defunctus inteſtatus deceſſiſſet.

Iuſtinianus in hac conſtitutione quædam immutauit.

§. XIV. Eandem conſtitutionem quoque IVSTINIANVS in Codice repetitæ prælectionis et quidem in *l. 27. de inoff. teſtam.* repetiit, verum, more Triboniano vſitato, in quibuſdam immutauit, ne dicam corrupit. *Primum* eſt, quod *ſororum vterinarum* quoque mentionem fecerit, easque ab inofficioſi querela repellendas eſſe voluerit: vtut enim etiam *ſororibus* conceſſa ſit querela per *l. 21. C. eod.* id tamen intelligi dumtaxat poterat de his, quæ ab inteſtato ſuccedere poterant, quales erant *germanæ*, h. e. eodem patre natæ, quo mediante *conſanguinitatis* et *agnationis* ius conſequebantur, et ſic quoque ſucceſſionem. §. 3. *I. de legit. agnat. ſucceſſ.* Ceterum *ſorores vterinæ* eo ipſo iam excluſæ erant, quo *fratres vterini* repulſi. *Secundum* eſt, quod *germanos* hic vocet *conſanguineos*, cum in genere agnati *conſanguinei* vocentur, §. 1. *I. de legit. agnat. ſucceſſ.* quæ diuerſa appellandi ratio tamen interpretibus iuris nouam dubitandi anſam præbuit, de qua mox dicam. Denique *vltimum*, quod hic quidem commemorandum eſſe arbitror, concernit clauſulam in *Cod. Theod.* relatam: *agnatione durante*, quæ eo tempore neceſſario addi debuit, quod tota ſuccedendi ratio ab *agnatione* dependeret, qua per capitis diminutionem, etiam minimam, ſublata, ſucceſſio quoque euaneſcebat, et conſequenter ius mouendi querelam contra teſtamenta inofficioſa. Hanc clauſulam immutauit TRIBONIANVS in *l. 27. cit.* et loco eius hanc ſubſtituit: *durante*

agnatione vel non, quod ideo factum eſſe, iudicat IACOBVS GOTHOFRED. in not. ad *tit. l. C. Theod.* quia differentiæ *agnationis* et *cognationis* iam ſublatæ fuerint. Id vero omnino erroneum eſſe vel inde liquet, quod per totum Codicem fere in plerisque adhuc hæc differentia ſuperſit, et in ſucceſſione attendatur, quodque ea demum in *nou.* 118. ſublata fuerit. Ipſe Imperator in §. 1. *I. de ſucceſſ. cognat.* ius antiquum adhuc recenſet his verbis: *Agnati capite deminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex lege XII. tabb. inter legitimos non habentur, ſed a pratore tertio ordine vocantur.* Vnicam ex iure nouo, poſt CONSTANTINVM introducto, addidit limitationem: *exceptis ſolis tantummodo fratre et ſorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anaſtaſiana cum fratribus integri iuris conſtitutis vocat ad legitimam fratris hereditatem.* conſ. *l.* 4. *C. de tut. legit. l.* 11. *C. de legit. hered.* THEOPHILVS in *paraphr. græc. ad tit. de ſucceſſ. cognat.* §. 1. Hæc ſine dubio ratio fuit, quæ mouit imperatorem, vt ſecundum *legem Anaſtaſianam* hanc clauſulam quoad *fratres* et *ſorores* immutaret, poſtquam ſucceſſioni fratrum, ex *iure* quodam *ſpeciali* et *mero priuilegio*, agnatio per emancipationem ſublata nullum amplius adferret præiudicium. Subſiſtit ergo adhuc IVSTINIANVS in regula a primordio huius querelæ vſitata, quod eo ordine et iure querela competat, quo ſucceditur ab inteſtato, vt tamen quoad fratres quædam reſtrictio adiecta ſit.

Fratrum querela non contra quoſcunque, ſed tantum turpes heredes ſcriptos, datur.

§ XV. Hanc reſtrictionem nouiter induxit CONSTANTINVS M., eaque ipſa prorſus nouum ius conſtituit. Fallere enim GOTHOFREDVM, fratres ante hunc imperatorem non contra quoſcunque inſtitutos heredes hanc querelam mouere potuiſſe exiſtimantem, iam ſupra obſeruaui. Hanc vero

vero facultatem demum fratribus ademit CONSTANTINVS, eosque tum demum audiendos eſſe cenſuit, ſi inſtituti illisque prælati, *quibus iniuſtas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis*. Non quidem olim inde teſtamenta *improba* et *inofficioſa* habita fuere; par tamen eſt credere, eo maiori illa fuiſſe expoſita odio, ſi abiecti, ſordidi nefandique nebulones heredibus ab inteſtato fuere in ſucceſſione prælati, et ita eo facilius reſciſſa ceu declarant exempla apud VALERIVM MAXIMVM *lib.* 7. *c.* 8. Vt vero facilitati, qua ſæpenumero centumuiri ad reſcindenda teſtamenta ducebantur, occurreret Cæſar, ad eum caſum reſtrinxit querelam, qui auget iniuriam fratribus illatam, et omnem pro heredibus ſcriptis et teſtamentorum vigore fauorem tollit. Quid enim iniquius eſt, quam, naturali ſuccedendi ordine poſthabito, maleferiatos homines et dedecore publico adſperſos heredes ſcribere, odio publico expoſitos fouere, atque talem iniuriam fratribus illatam relinquere inultum? Repetiit eandem declarationem IVSTINIANVS in *cit. l.* 27. ſub nomine CONSTANTINI et contra tales tantum heredes querelam admiſit, *qui infamia vel turpitudinis vel leuis notæ macula adſperſi ſunt*.

Quinam leuis notæ macula adſperſi dicantur.

§. XVI. Sine dubio TRIBONIANVS hanc formulam hauſit ex *l.* 3. *C. Theod. de inoff. teſtam.* in qua repetit, fratribus querelam tantum permiſſum eſſe, cum heres *infamiæ adſpergitur vitiis, omniaque fratribus tradi, quæ per turpitudinem vel aliquam leuem notam capere non poteſt inſtitutus*. Infamia quinam laborent, nota notius eſt. Aſt *leuis nota* quæ fuerit, paullo obſcurius. Dicebantur olim cenſores *notare*, quia infamibus et dedecore publico adſperſis in cenſualibus tabulis notam apponebant, vt ignominia eo illuſtrior fieret vid. LIV. *lib.*

Notare quid ſit.

XXXIX.

XXXIX. *c.* 42. Inde *nota turpitudinis, nota leuis* vel *macula notæ leuis* ignominiam et infamiam olim denotabat. P. Furium CICERO *orat. pro C. Rabin.* vocat *hominem omnibus inſignem notis turpitudinis.* Catilinam vario maculatum ſcelere *Orat.* I. *in eundem* ita depingit; *quæ nota domeſticæ turpitudinis non inuſta vitæ tuæ eſt? quod priuatarum rerum dedecus non hæret infamiæ.* Idem *orat. pro P. Sextio* meminit *notationis cenſoris,* et *orat. pro Cluent.* infamem *cenſoriæ ſeueritatis nota inuri* ait. Leui ergo nota maculati dicuntur, quibus cohæret dedecus infamiæ vel turpitudinis. Ceterum quia CONSTANTINVS in *cit. l.* diſertis addit verbis, omnia fratribus eſſe tradenda, *quæ per turpitudinem aut aliquam leuem notam capere non poteſt inſtitutus,* anſam dubitandi id ipſum præbuit, vtrum Imperator his verbis primario reſpexerit ad L. Papiam Poppæam, qua interdicta coniugia Senatoribus, cum libertina, eaue muliere, quæ ipſa cuiuſue pater materue artem ludicram facit, vel fecerit, vel quæ palam corpore quæſtum fecit, quia etiam hæc iis impoſita eſt pœna: *ne hereditatem, quæ eis lege obuenerit, legatumue ipſi coniuges, neque inter ſe quicquam caperent.* vid. GOTHOFRED. *in quat. fontib. iur. ciu. p.* 276. Enim vero quo minus in hanc tranſire poſſim ſententiam ſequentes obſtant rationes: 1) quia hac ratione lex CONSTANTINI tantum ad eos eſſet reſtringenda, qui interdicta eiuſmodi et probroſa iniiſſent matrimonia, quippe qui demum hereditatem capere non poterant, id quod generalitati verborum repugnat: 2) quia ſi ad eos lex eſſet reſtringenda, qui ob L. Papiam Poppæam nihil ex teſtamento capere poſſunt, querela inofficioſi ne quidem fratres indiguiſſent, quin potius tales heredes pro non ſcriptis fuiſſent habendi: dicuntur enim *incapaces,* qui ex te-

An imperator reſpexerit ad legem Papiam Poppæam?

ſtamento capere non poſſunt, quorum inſtitutio nullius eſt momenti: 3) nequidem anno 332. quo CONSTANTINVS conſtitutionem illam in *l.* 3. *C. Theod. de inoff. teſtam.* edidit, vſus aliquis legis Papiæ Poppææ ſuperfuiſſe videtur, reuocatus demum anno 336. in *l.* 1. *C. de natural. liber.* 4) verba *cit. l.* 3. *omniaque fratribus tradi, quæ per turpitudinem aut aliquam leuem notam capere non poteſt inſtitutus*, ad effectum querelæ, qua reſcinditur teſtamentum, pertinent, quia, reſciſſo teſtamento, inſtitutus hereditatem capere non poteſt: 5) non neceſſe fuiſſet *libertorum* ſpeciatim facere mentionem, quippe cum quibus diſertis verbis matrimonium inire lege Papia Poppæa vetitum erat. De his vero vel ideo dubitari poterat, quod inter *infames* proprie loquendo referri non poſſent; interim, quia ex priſtina ſeruitute, vnde manumiſſi erant, nota adhuc quædam iis inhærebat, iniquum viſum fuit CONSTANTINO, eos fratribus præferri, maxime, quod hoc ſæculum libertis admodum inimicum fuerit, vt docet GOTHOFREDVS *in comm. ad cit. l.* 3.

Quidam adhuc hodie germanos contra quoſcunque querelam concedunt.

§. XVII. Quoniam vero CONSTANTINVS tantum *germanos* ad hanc querelam contra ſcriptos turpes heredes admiſit, easque IVSTINIANVS in *l.* 27. *cit. conſanguineos* vocauit, quidam in eam prolapſi ſunt ſententiam, vt hanc nouam conſtitutionem tantum ad *conſanguineos* ſtricte dictos reſtringendam, *germanos* vero, vtrumque parentem communem habentes, contra *quoſcunque heredes* admittendos eſſe crederent. Primus, quantum ego quidem memini, fuit B. HERTIVS, qui anno 1705. *de fratris germani querela inofficioſi aduerſus quoſcunque* ediſſeruit et *ſect. II.* hanc ſententiam defendit. Præmittit, olim fratres contra *quoſcunque* querelam mouere potuiſſe,

tuiſſe, quod ſupra etiam euictum: addit, CONSTANTINVM quidem fratrum *germanorum* querelam reſtrinxiſſe, et turpibus perſonis inſtitutis eos tantum præferre voluiſſe; credit tamen, *germanorum* appellatione venire eos, qui eodem germine nati ſunt, etſi non eadem matre, idque TRIBONIANVM, vt omnis errandi cauſſa euitaretur, bene animaduertiſſe, et hac de cauſſa pro *germanis* ſubſtituiſſe *conſanguineos*, *maximo*, vt ait, *argumento; ſi ad fratres ambilaterales hæc l.* 1. *C. Theod. de inoff. teſtam. pertinuiſſet, illum non exſtincturum fuiſſe fratres germanos, ſed cum iis coniuncturum fuiſſe conſanguineos.* Inde porro colligit, fratres germanos, h. e. ex eodem patre et eadem matre natos, adhuc ſecundum ius antiquum admittendos eſſe ad querelam contra quoſcunque, quod reſpectu horum nihil immutatum reperiatur, omniſque mutatio ſtricte capienda ſit, præſertim cum *germani* prærogatiuam in ſucceſſione habeant præ conſanguineis. Eandem ſententiam anno 1713. amplexus eſt IOANNES VAN DE WATER *lib.* 1. *obſ.* 12., nulla HERTII praeeuntis facta mentione, cuius diſſertatio ſimilis argumenti forſan ipſi ignota fuit. Interim fere iisdem argumentis vtitur, docetque antiquitus fratribus querelam conceſſam fuiſſe, quæcunque demum perſona, ſiue honeſta, ſiue turpis, heres fuiſſet ſcripta; nihil vero quoad *germanos* immutaſſe CONSTANTINVM, ſed per *germanos* in *l.* 1. *C. Theod. de inoff. teſtam.* ſignificaſſe conſanguineos, idque colligi poſſe ex clauſula ſubiecta, *agnatione durante*, tantum *conſanguineis* non *germanis* applicanda; omnem demum ſcrupulum exemiſſe TRIBONIANVM in *l. cit.* 27. et *conſanguineos* tantum memoraſſe.

Id quod refutatur.

§. XVIII. Huic ſententiæ communis interpretum ſchola refragatur, cui et ego ſubſcribo. Supra obſeruaui, vſque ad tempora CONSTANTINI illibatam fuiſſe obſeruatam regulam, vt ſecundum ordinem et ius ſuccedendi ab inteſtato querelæ locus eſſet, vt tamen tandem vltra fratres non amplius fuerit admiſſa. Quia vero omnis ſucceſſio olim in iure *agnationis* fundata erat, merito fratres *germani* et *conſanguinei* ius prorſus æquale in ſucceſſione obtinere debebant, cum æque agnati eſſent *conſanguinei* ac quidem fratres *germani*, et vinculum, reſpectu matris diuerſum, hic minime obſeruari deberet. Cum ergo æquo iure ſuccederent *germani* et *conſanguinei*, æquali quoque iure frui debuerunt in querela mouenda, quam olim quidem aduerſus quoſcunque, ſed per legem CONSTANTINI demum aduerſus turpes heredes ſcriptos mouere poterant. Quod ergo ius CONSTANTINVS *germanis*, et IVSTINIANVS *conſanguineis* dedit, illud iis præſcripſit, qui eodem ex germani nati erant, non habito reſpectu matris. Dicuntur vtique fratres *germani* etiam hi, qui eodem patre, licet diuerſa matre, nati ſunt; verum non tantum, ſed illi etiam, qui eadem matre nati ſunt. Similiter fratres *conſanguinei* etiam vocantur, qui eodem patre nati ſunt, ſiue eandem ſiue diuerſam matrem habuerint. Docet hoc ipſum euidenter IVSTINIANVS in §. *1. I. de legitim. agnat. ſucceſſ.* his verbis: *Itaque eodem patre nati fratres agnati ſibi ſunt, qui et* CONSANGVINEI *vocantur: nec requiritur an etiam eandem matrem habeant.* Similiter CAIVS *lib. 2. inſtit. tit. 8.* §. *3.* conſanguineos vocat *de vno patre natos*, et VLPIANVS *tit. 26.* idem confirmat: *ſi ſui heredes non ſint ad conſanguineos*, i. e. *fratres et ſorores ex eodem patre.* Nec minus PAVLVS *lib. IV. ſent. tit. 8.* §. *17.* *Conſanguinei ſunt*, ait, *eodem patre nati, licet diuerſis*

Quinam germani dicantur et conſanguinei?

uerſis matribus. Promiſcue ergo in iure *germani* et *conſanguinei* appellantur, et ſicuti recte eodem patre nati, licet diuerſis matribus, *germani* vocantur; ita quoque fratres recte dicuntur *conſanguinei*, qui patrem et matrem communem habent. Neque enim vinculi materni ratio habebatur, vbi ſolius *agnationis* ſeu *conſanguinitatis* ius ſucceſſionem ordinabat, adeoque hoc intuitu fratres agnati vocabantur *germani* et *conſanguinei*, non habita ratione matris. Quid quod aliquando coniunguntur maioris certitudinis gratia, vt in §. *4. I. de legit. agnat. ſucceſſ.* ibi: *ſed etiam germanæ conſanguineæ, vel ſororis vterinæ filius et filia.* Quæ cum ita ſint, facile liquet, nec CONSTANTINVM tantum de iis *germanis*, nec TRIBONIANVM in *l. 27. cit.* dumtaxat de iis *fratribus conſanguineis*, qui diuerſas habent matres, intelligi poſſe, cum idem prædicatum fratribus bilateralibus etiam competat, et eadem ratio eo tempore adhuc fuerit in fratribus ſiue vno tantum ſiue duplici vinculo iuncti fuerint. Neque enim ea prærogatiua, quam HERTIVS vrget, huc referri poteſt, quæ demum per *nou. 118.* introducta eſt, quippe quæ eo tempore adhuc ignota, et extra praxin conſtituta fuit. Neque denique clauſula *durante agnatione*, quam VAN DE WATER in ſuas trahit partes, ſolis *conſanguineis*, diuerſa matre natis, applicari poteſt, ſed fratribus *agnatis* communis eſt, atque tempore CONSTANTINI etiam in *germanis* ſtricte dictis locum inueniebatur. Breuiter: *conſanguinei* cum *germanis*, quatenus ſtricte diſtinguuntur eo tempore adhuc paria iura in ſucceſſione et querela mouenda habebant.

Tempore primi codicis Iuſtinianus non potuit non v-

§. XIX. Neque vero IVSTINIANVS diſcrimen aliquod eo tempore introducere potuit, quo conſtitutionem CONSTANTINI codici ſuo primo, anno 528. publicato, infereret, cum

terinos excludere. cum vniuerſa ſuccedendi ratio adhuc a iure *agnationis* dependeret, et hinc eſt, quod fratres et ſorores vterinos ab hac querela remouerit, cum *vterini* eo tempore nondum concurrerent ad ſucceſſionem, quo *codex iuſtinianeus* publicaretur. Qua de cauſſa, cum inſtitutiones demum ex hoc codice ſint interpretandæ, etiam §. *1. I. de inoff. teſtam.* ſecundum *l. cit. 27.* intelligendam eſſe concludunt interpretes de fratribus et ſororibus germanis ſeu conſanguineis, non vterinis, præſertim cum ad *conſtitutiones ſacras* prouocet, quæ vterinas excludunt, quam ſententiam paullo poſt examinabo.

Tribonianus in immutandis iuribus varias induxit difficultates.

§. XX. Non tamen ſemper ſui memor fuit TRIBONIANVS, prout hominibus, ad quæuis immutanda, corrigenda et putatiue emendanda pronis, contingere ſolet. Talem enim TRIBONIANVM fuiſſe, ipſe PROCOPIVS *de bello perſ.* indicat, aſſeritque *apud ipſum iura fuiſſe venalia, et nundinationi legum deditum quotidie pretio refixiſſe alias, alias fixiſſe, prout e re erat et vſu deſiderantium.* Proinde non prorſus a re aliena eſt ſententia FRANCISCI BALDVINI, facilitatem TRIBONIANI in legibus immutandis adhibita his depingens verbis: *Vbi ius dare, dicereque ſerio voluit, repetitum ex antiquis legum tabulis et prudentum Romanorum commentariis, neque illarum neque harum acumen peruidit ſemper: et ſententiam aliquando parum aſſecutus eſſe videtur. Quid dicam de audacia atque etiam inconſtantia in veterum legum verbis immutandis? quid de ea (vt breue faciam) confuſione, qua tanquam malus coquus multa iura miſcuiſſe dicitur.* Vera hæc eſſe, quæ BALDVINVS de inconſtantiſſimi hominis moribus attulit, vel ex hac doctrina de fratrum querela inoſſicioſi colligere licet, in qua inſigne confuſionis ſpecimen edidit.

§. XXI.

§. XXI. Videlicet voluiſſe TRIBONIANVM principiis iuris veteris inſiſtere, cum *codicem iuſtinianeum* publicaret, vel inde manifeſtum redditur, quod conſtitutionem CONSTANTINI in quibuſdam ſecundum iura recentiora immutauerit, eamque ad legem ANASTASII adaptauerit, qua *fratres emancipati* a ſucceſſione haud repulſi fuere. Poſt primum hunc codicem ipſimet TRIBONIANVS circa ſucceſſionem plura innouauit, et in primis *fratres vterinos* eorumque *liberos* ad ſucceſſionem cum germanis eorumque liberis admiſit. Edita eſt hæc conſtitutio anno 532. et ſic eo tempore, quo ne quidem inſtitutiones publicatæ erant, quæ demum anno 533. lucem adſpexerunt. Vnde non mirandum, quod *inſtitutionibus* non tantum, ſed etiam *codici repetitæ prælectionis* qui anno 534. promulgatus eſt, hæc noua conſtitutio *de ſucceſſione vterinorum* inſerta fuerit. vid. §. *4. I. de ſucceſſ. agn. legit. et l. 14.* §. *1. C. de legit. hered.* Ita vero edixit Imperator: *etiam vnum gradum pietatis intuitu transferri a iure cognationis in legitimam volumus ſucceſſionem: vt non ſolum fratris filius et filia ad ſucceſſionem patrui ſui vocentur, ſed etiam germani conſanguineæ vel ſororis vterinæ filius et filia ſoli - - ſcilicet vbi frater et ſoror ſuperſtites non ſunt.* Quodſi hi ſuperſtites erant, fratrum ſororumque liberi haud ſuccedebant, neque enim iure antiquo ius *repræſentationis* obtinebat, teſte CAIO *lib. 2. inſtit. tit. 8.* §. *6.* Ceterum verba vltima dictæ conſtitutionis: *ſcilicet vbi frater et ſoror ſuperſtites non ſunt,* intelligenda ſecundum antecedentem diſpoſitionem. Quodſi enim filius vterinæ ſororis ex gradu cognatorum ad gradum agnationis translatus eſt, et ſororem ipſam i. e. matrem, quæ gradu præcedit filium, ad eundem gradum transferri neceſſum eſt, vt recte rationes ſubducit ACOSTA *ad* §. *cit.*

Poſtea admiſit etiam ad ſucceſſionem Tribonianus cum fratribus germanis vterinos.

cit. 4. Ipſe imperator poſtea *anno 534.* in *l. f. §. 2. C. de legit. hered.* hunc intellectum conſtitutioni præcedenti dedit, ita ſanciens: *ſed nec fratrem vel ſororem vterinos concedimus in cognationis loco relinqui; cum enim tam proximo gradu ſunt, merito eos ſine vlla differentia, tanquam ſi conſanguinei fuerant, cum legitimis fratribus et ſororibus vocandos eſſe ſancimus.*

Nec tamen expreſſo querelam fratrum ad hoc nouum ius accommodauit.

§. XXII. Quæ cum ita ſint, merito magnopere demirandum eſt, poſt has conſtitutiones fratres ſororesque vterinos adhuc excluſos fuiſſe a querela inofficioſi, nec TRIBONIANVM legem CONSTANTINI, quam alias in aliis immutauit, ad hæc noua iura *expreſſis verbis*, vt omne dubium tolleretur, accommodaſſe. Serio enim ipſemet doctrinam iuris veteris in admittenda querela adſeruauit et obſeruauit, quod indicat clauſula: *agnatione durante vel non.* Nihilominus vero, poſtquam vterinos fratres ſororesque *conſanguineis* in ſucceſſione exæquauit, diſcrimen antiquum inter *vterinos* et *conſanguineos* in querela non ſuſtulit, ſed incaute conſtitutionem CONSTANTINI iam in codice primo Iuſtinianeo quodammodo immutatum, in codice repetitæ prælectionis repetiit, antiquumque diſcrimen retulit. Quantum ego quidem auguror, TRIBONIANVS, cum hæc iura noua conderet, et *vterinos* cum *conſanguineis* exæquaret, non videtur memor fuiſſe conſtitutionis Conſtantinianæ, prout fieri ſolet his, quibus animus varietate rerum eſt diſtractus ſecundum vulgatum illud:

Pluribus intentus minor eſt ad ſingula ſenſus.

Emendauit quidem in plurimis codicem primum, ad modum informem, et multa confuſione et contradictione refertum. Enim vero plura adhuc inemendata reliquit, quæ corrigi et emendari neceſſario debuere, cum ipſius et ſociorum eius vires

res facultatesque huic negotio non ſufficerent. Aut ergo aſſerendum eſt, TRIBONIANVM prorſus corrupiſſe et adulteraſſe doctrinam de ordine et iure mouendæ querelæ, a qua confuſione tamen ſe alienum eſſe, ipſemet declarauit in ſæpe adducta clauſula: *durante agnatione vel non;* aut vero dicendum, legem CONSTANTINI, ex mente ipſius imperatoris, ad noua hæc iura, quibus exæquatio *conſanguineorum* et *vterinorum* facta eſt, per neceſſariam conſequentiam accommodandam eſſe, ſicuti ipſe TRIBONIANVS eam ad legem ANASTASII accommodauit, id quod probabilius eſt. Ex hac forſan ratione in §. 1. *I. de inoffic. teſtam.* generatim *fratres* et *ſorores* ad hanc querelam admiſit imperator, quod nullum eo tempore ſupereſſet diſcrimen inter *conſanguineos* et *vterinos*, et ad *ſacras conſtitutiones* prouocauit, quæ non tantum *l. 27. C. d. inoff. teſtam.* ſed etiam *l. pen. et vlt. C. de legit. hered.* ſignificant, cum ſi tantum *cit. l. 27.* intellexiſſet, vel vnius tantum conſtitutionis, pro more, mentionem feciſſet. Neque vero inde argumentum ſolidum et ſtringens deſumi poteſt, quod conſtitutionem CONSTANTINI in Codice ſecundo haud expreſſe correxerit, et ad iura nouiter eidem inſerta accommodauerit; id enim per incuriam factum fuiſſe negari nequit. Accedit, etiam in codice leges poſteriores corrigere priores, vt ſic *chronologiæ* legum accurata habenda ſit ratio. Hoc qui negare vel in dubium vocare auſus fuerit, eum ad doctrinam de *vſucapione* et *præſcriptione longi temporis* ablegamus, in qua vſque ad IVSTINIANI tempora inſignis iurium obſeruata eſt diuerſitas, quæ tamen poſtea a IVSTINIANO ſunt exæquata, vid. *l. vn. C. de transform. vſucap.* Et tamen tot conſtitutiones, antiqua diſcrimina referentes, in codice noſtro ſuperſunt, quæ ſine

Vtrum tacite et per conſequentiam?

ne ſumma abſurditate poſt hanc exæquationem amplius applicari nequeunt. Plura alia ſpecimina hanc theſin declarantia dari poſſent, ſi id neceſſarium eſſe crederem.

In nou. 118. ordinem ſuccedendi admodum mutauit Iuſtinianus.

§. XXIII. Non vero ſubſtitit in hac iurium correctione IVSTINIANVS, ſed in *nou. 118.* ſucceſſionem ab inteſtato in plurimis articulis immutauit, et fundamenta iuris veteris, in ea vſitata, quoad collaterales prorſus ſuſtulit. Aliquoties enim obſeruatum eſt, ſucceſſionem olim ſoli *agnationi* fuiſſe innixam, qua deficiente, demum iure prætorio *cognati* vocati ſunt. Et quia per *querelam inoſſicioſi* actor id vnice agit, vt oſtendat, ſe per iniuriam ſummamque iniquitatem eſſe a ſucceſſione excluſum, euidens eſt, ſecundum ordinem huius ſucceſſionis eam moueri debuiſſe. *l. 6. §. 1. D. de inoff. teſtam.* Qui enim nullam ſuccedendi ſpem ab inteſtato habebat, ille nec iniuriam accepiſſe dici poterat, nec ſi vel maxime *caſu* obtinuiſſet, fructu victoriæ ſuæ gaudere valebat. Hoc vero diſcrimen inter *agnationis* et *cognationis* ius ſuſtulit IVSTINIANVS in *nou. 118. c. 3.* et ſimul in querela fratrum non leues induxit difficultates.

Et in primis quoad fratres.

Videlicet quoad *fratres* hoc nouiter conſtituit, I) vt cum aſcendentibus concurrerent, quatenus ex vtroque parente coniuncti defuncto fuere: II) deficientibus aſcendentibus, primi ad hereditatem vocentur fratres et ſorores, ex eodem patre et eadem matre nati, immo et fratrum ſororumque germanorum prædefunctorum liberi iure repræſentationis: III) his quoque deficientibus, demum fratres *vnilaterales* h. e. *qui ex vno parente coniuncti ſunt defuncto ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem,* admitterentur, adeoque etiam fratrum germanorum liberis tantum exiſtentibus poſtponerentur: Denique IV) vt in poſterum omnis differentia *agnatorum* et *cognatorum* quieſceret.

Hoc

Hoc modo inſignis immutatio iurium antiquorum facta. Nam α) *germani* et *conſanguinei* ſtricte dicti, qui olim eadem in ſucceſſione iura habuere, prorſus diuerſa acceperunt iura: β) fratrum germanorum liberi prælati ſunt fratribus conſanguineis defuncti, qui olim iis poſtponebantur: γ) olim conſanguinei cum germanis parentibus præferebantur; iam vero germani quidem ſimul cum parentibus concurrunt, ſed conſanguinei prorſus a parentibus defuncti excluduntur: δ) vterini cum conſanguineis exæquati ſunt, quos quidem IVSTINIANVS iam in *l. f.* §. 2. *C. de legit. hered.* exæquauit, ſed tamen in hac nouella demum poſt fratres germanos eorumque liberos ad ſucceſſionem vocauit.

§. XXIV. Hac metamorphoſi introducta, neceſſario quoque fratrum *conſanguineorum* iura in mouenda querela, quæ a *ſucceſſione ab inteſtato* dependent, mutari et transformari debuerunt. Quamuis enim IO. HENRICVS FVCHSIVS *in diſſ. de impugnat. teſtam. fraterni per querel. inoff. c. II.* §. 8. nullam immutationem hic agnoſcere velit cum SICHARDO *ad l. 27. C. n. 5. de inoffic. teſtam.* et *ille* quidem exiſtimet, validum a ſucceſſione ab inteſtato haud poſſe duci argumentum ad querelam inofficioſi; *hic* vero vrgeat, quod iura noua, quæ diſcrimen inter *agnationem* et *cognationem* ſuſtulerunt, ſint intelligenda de ſucceſſione inteſtata, cum hic verſemur in ſucceſſione teſtamentaria; vtriuſque argumenta tamen parum ponderis habere videntur. Ad primum enim quod attinet, ſupra tum ex origine, tum ex progreſſu huius querelæ vſque ad tempora IVSTINIANI oſtendi, omnino validum ducendum eſſe argumentum a ſucceſſione inteſtata ad hanc querelam. Huius primarium fundamentum erat, quod his, qui ab inteſtato ſuccederent, in- *Ordo in fratrum conſanguineorum querela ſimul quoque mutatus eſt.*

iuria facta eſſet per iniquam et improbam excluſionem, *l. 8. pr. D. de inoff. teſtam.* adeoque abſurdum eſſet, ſi hi de iniuria facta conqueri vellent, qui ius ſuccedendi haud haberent. Obſeruauit id accurate FRANCISCVS CONNANVS *lib. 9. comm. iur. ciu. c. 9. n. 1.* aſſerens: *Hoc tamen in omnibus iſtis generatim dicendum eſt, vt hanc demum habeant actionem, ſi ab inteſtato erant ſucceſſuri; quodſi ii, qui primo vocantur ad ſucceſſionem, nolint agere, aut non poſſint, ſit locus iis, qui ſecundo gradu ſunt, et ita deinceps vſque ad eos, quibus ius querelæ lex dedit.* Neque enim alia ratio excogitari poteſt, quare *conſanguinei* cum *germanis* ſimul ad querelam olim admiſſi, *vterini* vero repulſi, quam quod illi quidem olim iure *agnationis* coniunctim ſuccederent; hi vero agnatis exſtantibus, nullum ſucceſſionis ius, ne quidem iure prætorio, haberent. Alterum argumentum, quod SICHARDI eſt, itidem robore ſuo deſtituitur. In querela vnice intenditur ſucceſſio inteſtata, immo ipſa querela nihil aliud eſt, vt ſupra obſeruaui, quam *petitio hereditatis, qua petitur hereditas ab inteſtato, aut certe res ad cauſſam inteſtati reditura eſt, teſtamento inofficioſo pronunciato*, vt recte ait HVGO DONELLVS *lib. XIX. c. 8.* Addit vero ſatis notanter: *Proinde qui ordo, quæue ſucceſſio ab inteſtato inter liberos, parentes, fratres defuncti futura eſſet, eundem ordinem, eandemque ſucceſſionem inter iſtos eſſe oportet ad querelam inofficioſi mouendam, quod et placuit.* Cum ergo iure nouo ordo ſuccedendi prorſus immutatus ſit, conſequens eſt, vt idem quoque ordo in querela mouenda hodie obſeruari debeat.

Proinde 1) hodie cum parentibus germani non

§. XXV. Quodſi itaque fratrum *conſanguineorum* ius circa querelam mouendam hodie intuemur, eius cauſſam deteriorem factam fuiſſe fatendum eſt. Nam I) ſi parentes et fratres in

in teſtamento tantum præter meritum excluſi, hi quidem iure nouo ſimul querelam mouere queunt, cum paria et æqualia prorſus *iura* in *ſucceſſione* ab inteſtato habeant, modo tamen intuitu *fratrum* turpes perſonæ fuerint ſcriptæ; *conſanguinei* vero ad hanc querelam ſimul concurrere non poſſunt, quia cum fratribus germanis hodie non amplius ſimul ſuccedunt. Eo ordine enim querela datur, quo ſuccedı̈tur, prout *edicti ſucceſſorii*, quod etiam hic locum habet, poſtulat ratio. vid. *l. 14. et l. 15. pr. de inoff. teſtam.* II) Si frater germanus exheredatus eſt cum *conſanguineo*, ſolus germanus hodie querelam mouet, quod rurſus *edictum ſucceſſorium* poſtulat. LAVTERBACH. *de inoffic. teſtam.* §. 21. III) Si fratrum germanorum liberi vna cum *conſanguineo* defuncti fratre excluſi ſunt a teſtatore, ſoli fratrum germanorum liberi ad querelam admittuntur, quia paria cum *germanis* iura in ſucceſſione acceperunt, et præterea *conſanguineis* præferuntur. Iure veteri id minime admiſſum fuiſſe noui. Expreſſe in *l. 21. C. de inoff. teſtam.* dicitur: *fratris vel ſororis filii teſtamentum inofficioſum fruſtra dicunt.* Enim vero diſpoſitio hæc antiquum ſuccedendi ordinem præſupponit, quo fratrum liberi cum fratribus defuncti haud admittebantur, immo *conſanguineis* illi poſtponebantur. Iam vero ordo immutatus eſt, et fratrum germanorum liberi conſanguineis prælati, adeoque ſicuti illi paria cum fratribus germanis acceperunt iura in *ſucceſſione*, pari iure quoque admitti debent ad *querelam*. Ni enim ad iura noua ordinem querelam mouendi accommodaueris, male cohærentem iuriſprudentiam effeceris. Finge ſcripſiſſe aliquem in ſuo teſtamento turpem perſonam heredem, exheredaſſe vero fratrum germanorum liberos et *conſanguineum* immerentes, neuter ſane querelam mouebit, ſi iuri antiquo inſiſtere velis. Neque enim fratrum liberi agere poſſunt, quibus denegata eſt iure veteri

conſanguinei querelam mouent.

2) *Germani hodie excludunt conſanguineos.*

3) *Fratrum germanorum liberi excludunt conſanguineos.*

querela per *l. 21. cit.* multo minus *conſanguinei*, qui quidem admitti poſſent per *l. 27. C. de inoff. teſtam.* verum fratrum liberi eis obſiſtunt, qui eos a ſucceſſione excludunt. *Quicumque autem*, ait LAVTERBACH. *ad tit. de inoff. teſtam.* §. 21. *aliquem excludit a ſucceſſione, etiam excludit illum a querela.* Fac enim, conſanguineum egiſſe et teſtamentum reſcidiſſe, inaniter et fruſtra egit, quia ipſi victoria prodeſſe non poſſet, ſed iis, qui ab inteſtato ſuccedere poſſent, quia inteſtatum patrem familias feciſſet *l. 6. §. 1. d. inoff. teſtam.*

An conſanguinei hodie adhuc querelam habeant?

§. XXVI. Denique IV. ſi ſoli *conſanguinei* et *vterini* adſunt, a defuncto vero excluſi, grauior ratio dubitandi exſurgit: *α*) vtrum adhuc hodie conſanguinei admitti debeant? *β*) ſi admittendi, vtrum ſoli, an vero cum iis vterini? *γ*) ſi ſoli admittendi, vtrum victoria *conſanguineorum* vterinis proſit, vt ſimul ab inteſtato ſuccedant? Primum quod attinet membrum, contra *conſanguineos* pugnare videtur, quod olim ideo cum *germanis* admiſſi fuerint ad querelam, quia paria cum iis iura ſuccedendi habebant conſanguinei. Immutato vero hoc iure, et conſanguineis poſt fratrum germanorum liberos collocatis, querelam quoque amiſiſſe videntur, præſertim cum exæquati ſint iure nouo *vterinis*, quibus querela denegata eſt. Verum nihilominus conſanguineis ius ſaluum manſiſſe autumo. Generatim conſtitutum eſt, querelam fratribus et ſororibus concedendam *l. 5. l. 21. l. 27. C. de inoffic. teſtam.* præter illos vero neminem eorum, qui ex tranſuerſa linea veniunt, audiendum eſſe. Quamuis itaque poſt fratres germanos eorumque liberos in ſucceſſione collocati ſint, ius querelam mouendi tamen retineri potuerunt, modo fratrum liberos ſimul ad querelam admittamus, prout antea demonſtraui. His enim excluſis, non poſ-

poſſunt amplius *conſanguinei* ad querelam admitti, cum admodum inconueniens ſit, *priorem in ſucceſſione* a querela arceri, et *ſequentem* demum admitti, quod iuris ratio non permittit. Et tamen hanc inconuenientiam probat LAVTERB. *ad tit. de inoff. teſtam.* §. 21. et plura ἀσύστατα adſtruit. Negat fratrum germanorum liberos ad querelam iure nouo admittendos; conſanguineos tamen adhuc admittit; rurſus tamen negat, hos cum germanis coniunctim iure nouo agere de inofficioſo poſſe, ex hac ratione, quod *quicunque aliquem excludit a ſucceſſione ab inteſtato, etiam illum a querela excludat.* Ita vero in propria ſæuit viſcera; cum enim fratrum germanorum liberi a ſucceſſione conſanguineos excludant, merito quoque eoſdem arcere a querela debent, vt antea iam obſeruaui. Si ergo hodie *fratrum germanorum liberos*, in ſucceſſione priores, excludis a querela, ſimul repellis *conſanguineos*, in ſucceſſione poſteriores; ſi vero, prout ratio iuris noui poſcit, eos querelæ quoque participes facis, fratrum *conſanguineorum* iura quoque illibata conſeruas. Sed reuerentia iuris veteris adeo plerorumque occupauit animos, vt malint abſurdorum cumulum augere, quam cohærentem tradere iuriſprudentiam.

§. XXVII. Alterum membrum quod concernit, *vterinos* cum *conſanguineis* ſimul ad querelam admittendos eſſe cenſet HOTTOMANNVS *diſp. de quarta legitimaria c. 2.* §. 13. (quæ *tom. I. oper. eius p. 686.* exſtat) ex hac ratione, quod quia IVSTINIANVS in *nou. 118.* eam differentiam *vterinorum* in ſucceſſione ab inteſtato ſuſtulerit, probabilius ſit, eam hoc caſu quoque ſublatam eſſe. Iam olim AZO ad *tit. C. de inoff. teſtam. n. 13.* hanc ſententiam amplexus videtur; præmiſſo enim iure veteri de excluſione *vterinorum* ſubiungit: *Hodie forte non diſtin-*

Vtrum vterini hodie ad querelam cum conſanguineis admitti poſſint?

ſtinguentur conſanguinei ab vterinis. Nec alienus ab hac ſententia videtur DONELLVS *cit. l.* vbi ordinem *ſucceſſorii edicti* format ſecundum ius nouum, eumque ad querelam mouendam applicat. Neque enim hodie ad ius antiquum amplius prouocari poteſt, quod ideo excludebat *vterinos*, quia prorſus non ſuccedebant, niſi deficientibus omnibus agnatis iure prætorio. His vero iure nouo cum *conſanguineis* exæquatis, idem ius quoque quoad mouendam querelam habere debeant, ſicuti olim quoque *conſanguinei* cum *germanis* ideo idem ius in mouenda querela inofficioſi habebant, quod pari iure *ab inteſtato* ſuccederent. Qua de cauſſa quoque idem dicendum arbitror, ſi ſoli tantum *vterini* adſunt, quia iure nouo *iure conſanguineorum* frui debent, ſublato illo diſcrimine, quod olim ius antiquum ex ratione *agnationis* inter *conſanguineos* et *vterinos* induxerat. Hæc ſi vera ſunt, vti omnino ſunt, a tertia quæſtione eo facilius abſtinere poſſumus, quæ iam otioſa eſt, et per ſe ceſſat. Equidem pleroſque interpretes huic ſecundum ius nouum efformatæ diſpoſitioni reclamare noui; noui tamen etiam, veritatem non ex *auctoritate docentium*, ſed *ponderibus rationum* æſtimandam eſſe. Proinde antequam riuos claudam, diſſentientibus generatim illud CICERONIS *lib. I. de legib.* commendo: *an tu is es, qui in diſputando non tuum iudicium ſequare, ſed auctoritati aliorum pareas?* et ita ſedato animo finem huic meditationi impono.

EXER-

EXERCITATIO XXXVIII.

AD LIBR. VI. PAND. TIT. III.

DE

FEVDIS ECCLESIASTICIS.

CAPVT I.

DE

ORIGINE FEVDORVM ECCLESIASTICORVM.

ARGVMENTVM.

§. *I. Vtilis de feudorum origine diſquiſitio, II. de beneficiis Romanorum, III. horumque a feudis diſcrimine. IV. Beneficia olim rationem ſtipendii habuerunt. V. Difficilis diſpectio de origine feudorum eccleſiaſticorum. VI. Prima origo ex liberiori Regum Franc. diſpoſitione de bonis eccleſiaſticis, VII. VIII. IX. fraudibus clericorum iis poſtea ademta. X. Altera ex liberiori epiſcoporum de illis diſpoſitione, XI. quæ et epiſcopis deinde interdicta eſt. XII. Tertia ex militia antiqua epiſcoporum. XIII. Quarta ex oblatione bonorum, XIV. promota admodum per epiſcoporum potentiam. XV. Hæc omnium frequentiſſima cauſſa fuit feudorum eccleſiaſticorum.*

§. I.

Non omnes ſibi vnum eundemque conceptum de *feudorum ratione* formant, et ſic in concluſionibus ipſis ceſpitant et ambigunt, cum in ipſa origine feudorum ſibi non conſtent. Primaria rerum ratio ex *origine* cognoſcitur, adeoque e re erit, *Originis feudorum indagatio hic neceſſaria.*

paucis *originem feudorum* in genere euoluere, et deinceps venas feudorum eccleſiaſticorum, de quibus hic tantum agendum eſt, aperire, vt inoffenſo pede progredi queamus.

Feuda olim beneficia dicta.

§. II. Feuda olim *beneficia* appellata, et denominationem feudi ſerius inter Germanos auditam fuiſſe, noto notius eſt. Verum et ipſa vox *beneficii* admodum ambigua eſt, vt conſtat ex *traditis* SAMVELIS PITISCI *in lexic. antiquit. Rom. v. Beneficium.* BRISSONII *de V. S. v. Beneficium.* IACOBI GOTHOFREDI *ad C. Theod. in Gloſſ. nom. v. eadem.* Hæc ambiguitas rurſus diſtraxit eruditorum animos, vt originem ex diuerſis fontibus haurirent. HERTIVS *de feudis oblatis P. I. §. 2. in f.* eos non errare ait, qui prima feudorum incunabula apud Romanos quæſiuerint. Id indubium eſt, apud Romanos moris fuiſſe, vt illis, qui in bello præclare aliquid geſſerant, prædia diſtribuerent, quo ea liberalitate alacriores redderentur, magisque ad fidelitatem deuincirentur. Prima huius rei veſtigia ſub ALEXANDRO SEVERO Imperatore ſe deprehendiſſe non obſcure innuit GONZALEZ *ad c. 1. X. de prabend. n. 10.* auctore LAMPRIDIO *c. 58.* ſcribente: *Sola quæ de hoſtibus capta ſunt, limitaneis ducibus et militibus donauit, ita vt eorum ita eſſent, ſi heredes illorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens eos attentius militaturos, ſi etiam ſua rura defenderent. Addidit ſane his et animalia et ſeruos, vt poſſint colere, quod acceperant, ne per inopiam hominum, vel per ſenectutem poſſidentium desererentur, rura vicina barbariæ.* Idem confirmaſſe videtur PAVLVS *in l. 11. D. de euict.* in qua prædiorum in Germania trans Rhenum ſitorum fit mentio, quæ *ex præcepto principali partim diſtracta, partim veteranis in præmia aſſignata* dicuntur. Quid autem eſt *aſſignare in præmium prædia* aliud, quam

Apud Romanos quæſita,

ſub Alexandro Seuero.

quam ea *in beneficium concedere*? vnde etiam hic rurſus originem feudorum ſe inueniſſe iam olim cenſuit DIONYSIVS GOTHOFREDVS *in not. lit. e.* Denique quæ in *codice vtroque de limitibus et agris limitrophis* adferuntur, etiam huc pertinere, HERTIVS *cit. l.* cum aliis opinatur, quæ pluribus illuſtrari poſſunt ex LINDENBROGII *Gloſſario v. Beneficium.* Eo magis autem hæc veritati conſentanea eſſe videntur, quod Germani antiqui, in Romanas prouincias irruentes, plurima inſtituta ex Romanis moribus traxerint, quodque eorum indoli conſuetudo, per talia beneficia proceres ſibi obnoxios faciendi magis, quam ſubiugandi, conueniens viſa fuerit.

§. III. Equidem prælaudati *auctores* in *re* et *nomine* aliquam conuenientiam deprehendunt, *identitatem* tamen rei haud animaduerto. Quantum ex adductis locis liquet, prædia veteranis aſſignata in *dominium eorum iure* quodammodo *hereditario* tranſibant, in compenſationem præſtitæ virtutis, et maxime illis, qui militia functi erant, concedebantur, non pro *præſtando* in poſterum ſeruitio, ſed pro iam *præſtito*; quoniam omnium rerumpublicarum ratio expoſcit, vt *præmio* bene de republica meriti quodam afficiantur, cum *pœnis* et *præmiis* potiſſimum ſubditi in officio contineantur, *vid. l.* I. §. I. *de Iuſtit. et Iure.* Aſt vero feuda primitus non *iure hereditario*, ſed magis *precario* vaſallis dabantur, in quorum dominio non erant, quin potius diſerte *proprietati domini* concedentis attribuebantur. Obſeruat id eleganter BIGNONIVS *in not. ad Marculf. apud* STEPHANVM BALVZIVM *tom. II. Capitul. p.* 875. oſtendens, omnia prædia aut *propria* fuiſſe aut *fiſcalia*. *Propria*, pergit; *ſeu proprietates dicebantur, quæ nullius iuri obnoxia erant, ſed optimo maximo iure poſſidebantur, ideoque ad heredes tranſibant.*

Quæ tamen a feudorum ratione primæua admodum differunt.

Manebant olim feuda in proprietate domini.

bant. Fiſcalia vero beneficia ſiue fiſci vocabantur, quæ a Rege vtplurimum, poſteaque ab aliis, ita concedebantur, vt certis legibus ſeruitiisque obnoxia cum vita accipientis finirentur. Proprio magis illis, quæ apud Romanos veteranis in *beneficium*, ſeu *præmium* aſſignabantur prædia, quam beneficia accedunt, adeoque prorſus diuerſam ab his naturam habent. Breuiter: quæ *iure feudi* poſſidebantur, nullo modo erant *propria*, ſed prorſus *aliena*, et *alterius beneficio* poſſeſſa, quod diploma de anno 985. apud AVBERTVM MIRAEVM *in cod. piar. donationum C.* 42. adhuc docet, vbi ita: *fideli noſtro Theodorico Comiti, quicquid noſtro conceſſu hactenus in beneficium tenuit inter duo flumina, quæ vocantur Liora et Hisla, in proprium dedimus, cum omnibus vtenſilibus, quæ in eodem beneficio regio conceſſu per fructuarium vſum ante hac poſſedit.* Pluribus hoc thema teſtimoniis exornant ANTONIVS DADINVS ALTESERRA *in origine feudorum C.* 1. et THOMASIVS *in ſelectis feudalibus* §. 22. *p.* 32. *ſeqq.*

Beneficia dicuntur feuda propter commoda.

§. IV. Cum ergo *beneficia* in hoc ſenſu non *proprii* ſed *alieni iuris* fuerint, aliunde natales eorum deriuandi videntur. Notum eſt, appellationem *beneficii* etiam *commodum, emolumentum*, et *gratiam* denotare, teſte BRISSONIO *de V. S. v. Beneficium.* Hoc in ſenſu etiam *precarium* hac appellatione venit *l.* 1. §. 1. *de Precario.* Sic TERTVLLIANVS aduerſus *Hermog. C. IX.* notanter ait: *His tribus modis aliena ſumuntur, iure, BENEFICIO, impetu, i. e. dominio, PRECARIO, vi.* Simili de cauſſa, quæ olim *precariarum iure* ab eccleſiis dabantur, *beneficia* dicebantur. *l.* 14. §. 3. *C. de SS. Eccl.* Cum his quodammodo conueniebant olim *feuda*, quæ cum vita poſſeſſoris exſpirabant, et ex *gratia* concedentis dependebant. Erant vero hæc beneficia, olim ab eccleſiis laicis conceſſa, vel *abſoluta*, vel

vel *qualificatà*. Illa vtplurimum ſimpliciter ſine adiuncto onere conferebantur, qualia erant *precaria antiquae*, indigentibus potiſſimum olim in ſuſtentationem concedi ſolitæ. Hæc vero erant *ſtipendium pro opera ſeruitioque præſtando*, illis potiſſimum conceſſa, qui *officio militari* aliiue præerant, quique proinde *fideles Leudes* vel *Leodes* vel etiam *Vaſſi*, h. e. *obnoxii* dicebantur, quæ prædicata proprie illis competunt, qui in noſtro ſunt ſeruitio. Hinc eſt, quod *fidelitatis obligatio* feudis eſſentialis ſit, cum hæc ſingulariter in *miniſtris et officialibus* deſideretur, et vaſalli vel beneficiati olim in effectu nihil aliud fuerint, quam *miniſteriales et officiales*. Aequiſſimum ſane eſt, et in moribus plerarumque gentium poſitum, vt qui publicam reipublicæ, ſiue *arte* ſiue *marte*, præſtant operam, *ſalario* quodam ſeu *ſtipendio* afficiantur. Vid. IACOBVS GOTHOFREDVS *de Salario*. Hoc conſiſtit in emolumentis variis, perindeque eſt, ſiue pecuniarias præſtationes, ſiue reditus ex prædiis contineant. Rarior veteribus Germanis vſus pecuniæ: magis abundabant prædiis *bonisque immobilibus* eo in primis tempore, quo *feuda* innotuerunt. Hæc ergo, quæ in promtu erant, miniſtris dabantur in *ſtipendium*, in *ſalarium*, in *compenſationem ſeruitiorum*, cum obligatione *fidelitatis*, quæ miniſtris propria eſt. Huc HIERONYMVS BIGNONIVS *in not. ad Marculf.* apud STEPHAN. BALVZ. *tom. II. capitul. p.* 933. collineat, aitque: *Inde beneficii nomine ea prædia dicta, quæ pro ſeruitio militari a rege ſiue etiam ab aliis concedebantur, quæ feuda poſteritas dixit.* Seruitiorum *militarium* mentionem facit, cui etiam omnis conſonat antiquitas, quia antiqua Germania *militaris* fuit, et *ſeruitia publica* olim fere *primario* in *militia* conſiſtebant. Paullatim acceſſere *officia aulica*, in quorum com-

Sed cum onere ſeruitiorum coniuncta

Miniſtris et officialibus data.

Loco ſalarii et ſtipendii.

Pro ſeruitiis militaribus.

 pen-

penſationem etiam beneficia, h. e. ſtipendia, ſalariaque data, vt feuda eſſent vel *militaria* vel *aulica*, ex diuerſa officiorum ratione. Hæc erat ratio, quod prædia hæc, *fidelibus* aſſignata, non ad *patrimonium* vaſalli, ſed ipſius *domini* pertinere dicerentur, cum *officia* eſſent *reuocabilia*, per mortem deſitura, et ſic quoque ipſum *ſtipendium* reuocabile, et morte vaſalli exſtinguendum. Inde in *capitul. Caroli M. lib. V. c.* 377. apud STEPHANVM BALVZIVM *tom. I. capitul.* p. 904. eleganter dicitur: *quia nos volumus illi beneficium dare, qui nobis bene ſeruierit.* Inoleuerat mos non adeo laudabilis, quo propter *beneficium impetrandum*, quod officio non carebat, munera conſiliariis regis offerebantur, quo inidonei nonnunquam ad *ſeruitia militaria* ruebant. Compeſcuit hunc abuſum Imperator, qui in conferendis officiis merito ecitandus eſt, voluitque, vt *digni* et *bene ſeruientes* tantum reciperentur in numerum vaſallorum. Ipſa denique *feudi* appellatio, quæ poſtmodum inualuit, hanc ſententiam confirmat, quod egregie THOMAS CRAGIVS *in iure feud. lib. I. Tit. IX. p.* 72. *edit. Upſ.* his illuſtrat verbis: *Ego ſane feudi vocem non eſſe deriuatam, ſed primitiuam ſiue primigeniam puto, et a Borealibus gentibus vſurpatam, pro mercede, quæ pro alimentis dabatur, et ab ipſis Inſubribus receptam et retentam auguror, his præcipue rationibus adductus, quod ex prima inſtitutione, vt dixi, feudum nihil aliud erat, niſi beneficium aut merces, quæ pro opera vtplurimum militari debebatur, et dabatur, et vt vaſalli haberent, vnde alerentur. In ipſo iure feudali feudum pro mercede, ſiue penſione ſæpe ſumitur: ſic penſiones, quæ de Camera ſiue Canena ſumuntur, feuda dicuntur; ſic et Feuda Guardiæ et Caſtaldiæ, nihil aliud ſunt quam mercedes, quæ pro Guardia, ſiue Cuſtodia, et Caſtaldia, pro officio curationis rerum domini, debentur.* Conf. HERTIVS *cit. l.* §. 2.

Quod etiam ipſa feudi appellatio illuſtrat.

§. V.

§. V. Quemadmodum itaque ex his apparet, feuda primario olim fuiſſe *ſtipendia militaria;* vnde et vaſalli *milites* vt plurimum dicti ſunt, ita maior difficultas naſcitur circa *feudorum eccleſiaſticorum*, h. e. in rebus eccleſiaſticis conſtitutorum, primordia. Eccleſia vtique *militiam* non alit, nec eiuſmodi vaſallis indigere videtur, quibus olim Reges Francorum inſtructi erant. Quod ZIEGLERVS *tract. de epiſcop. milite* ſatis conuenienter *σιδηρόξυλον eccleſiaſticum* appellauit. Accedebat peculiaris harum rerum indoles, quæ *alienationem omnem*, immo etiam *locationem ad diuturnum tempus*, et ſic etiam *infeudationem* non permittebat. Et tamen ante et poſt PIPINI tempora horum *feudorum eccleſiaſticorum* multoties iniicitur mentio, vnde admodum planum eſt, multa iam per ea tempora *feuda eccleſiaſtica* exſtitiſſe. Si ſtatum illorum temporum paullo penitius intuemur, plures nobis ſeſe offerunt occaſiones, quibus hæc enata et in vſu fuerunt, non alia tamen conditione, quam quatenus eo tempore *feuda* habebantur, h. e. vt eſſent *ſtipendia* præcipue *militaria*, reuocabilia, et ad vitam tantum vaſalli duratura.

Difficilis inſpectio circa originem feudorum eccleſ.

§. VI. Prima occaſio fuit, quod pleraque *monaſteria et eccleſiæ* eſſent in poteſtate Regis, et ſic liberior diſpoſitio de iis eorumque bonis illis conceſſa. Quamuis enim hoc patrimonium ſacrum primario ad vſus pios et alimenta pauperum eſſet deſtinatum, tot tamen ex barbararum gentium irruptionibus calamitates affligebant rempublicam, vt *neceſſitatibus publicis* etiam ex his ſuccurrendum eſſet bonis. Aequum enim eſſe videbatur, vt eccleſiæ et monaſteria, quæ publica fruebantur defenſione, etiam ad militiam, eo nomine inſtitutam, aliquid conferrent. CAROLVS MARTELLVS primus fuit, qui decimas militibus diſtribuerat. Hunc ſecuti reliqui reges Francorum

Prima occaſio horum feudorum deſumenda ex liberiori Regum diſpoſitione circa bona eccleſ.

rum bona eccleſiaſtica militibus in beneficium concedentes, ex quo tandem varia ſunt iura nata in capitularibus in primis obuia. Huc collineat *Capitul. Caroli M. et Ludouici P. lib. V. c.III.* apud BALVZIVM *tom. I. Capitul. p. 286.* vbi additur ratio: *propter imminentia bella et perſecutiones ceterarum gentium, quæ in noſtro circuitu ſunt.* Ipſi Reges hac de cauſſa laicis monaſteria et eccleſias in beneficium dabant, quod ex infinitis locis antiquarum rerum germanicarum liquet. Generatim de hoc antiquo more ita loquitur THOMASSINVS *P. II. de diſcipl. eccl. lib. III. C. XIII.* §. 5. *Agri erant, et prædia, quibus ab Imperatore Duces, militesque donabantur, vt ſuo deinceps ſumtu ſtipendia facerent. Vbi agros et fundos eccleſiæ laici vſurparunt, eosque illis Princeps et eccleſia ipſa fruendos conceſſit eadem conditione merendi et ſtipendia faciendi ad regni et eccleſiæ tuitionem, ea dici tum cæpere Beneficia.* Sic *in Capitul. L. 1. c. 333. p. 896.* fit mentio laicorum, *qui monaſteria habent, et quibus loca hæc ob aliquam neceſſitatem conceſſa ſunt.* Similiter *in capitul.* CAROLI CALVI *anno 877. tit. 52.* apud BALVZIVM *tom. II. Capitul. p. 257.* dicitur: *de eccleſiis vero, quas comites et vaſalli dominici habent etc.* Apud REGINONEM *de eccleſ. diſcipl. lib. 1. c. 10. p. 35. edit. Baluz.* Epiſcopis iniungitur, *vt eccleſias tam a Regibus in beneficium datas, quam et aliorum ſummo ſtudio prouideant,* et *in c. 36. p. 45.* de reſtauratione eccleſiarum agitur, diciturque: *Similiter et vaſſi noſtri aut in commune tantum accipiant operis, quantum rerum eccleſiaſticarum habent, vel vnuſquiſque per ſe iuxta quantitatem, quam ipſe tenet.* Idem inculcatur in *Capitul. de anno 813.* apud BALVZIVM *tom. I. p. 504. c. 24. vt quiſque beneficium eccleſiaſticum habet ad tecta eccleſiæ reſtauranda, vel ipſas eccleſias omnino adiuuent. In Capitul. de anno 801. ibid. p. 355. c. 42.* idem

Ob neceſſitates publicas.

42. idem confirmatur: *Præcipimus etiam Comitibus et omnibus fidelibus noſtris, vt quicunque de rebus eccleſiaſticis beneficia habent, pleniter nouas et decimas ad ipſas eccleſias donent abſque vlla diminutione et dilatione, in quantum melius poſſint, et iuxta poſſibilitatem eorum. Et quando neceſſitas exegerit, dent operas ad ipſas eccleſias reſtaurandas, et adiutorium faciant.* In *capitul.* CAROLI CALVI *de anno 868.* apud BALVZIVM *tom. II. p. 205.* plura huius rei veſtigia occurrunt, inter quæ notari meretur, quod *C. III.* adfertur: *Vt miſſi noſtri per ſingulas parrochias vna cum Epiſcopo parrochiæ ipſius requirant de capellis et abbatiolis ex caſis Dei in beneficium datis, qualis cenſus inde exeat, vt eccleſia, de qua ſunt, exinde veſtituram habere poſſit: et nobis renuntient; vt hoc noſtra auctoritate commendetur atque firmetur, et ſecundum qualitatem et quantitatem loci clericos et luminaria ibi ordinent, et loca reſtaurari faciant.*

§. VII. Aegre id clerum eius temporis nonnunquam tuliſſe, facile coniicere licet, præſertim cum pleraque bona eccleſiaſtica hoc modo in *beneficium* tenerentur, et poſtea concederentur laicis, licet nulla adeo neceſſitas publica id ſuaderet. Sibi potius hæc conferenda eſſe in *beneficium*, cenſebant Epiſcopi, aliique clerici, et hac de cauſſa quauis arte laicos ab illorum poſſeſſione excludere prorſus ſtuduerunt. Pia admodum fraus fuit, qua Epiſcopi prouinciarum Rhemenſis et Rotomagenſis CAROLVM CALVVM ab hoc antiquo inſtituto deflectere conati ſunt, annilem quandam fabulam ipſi referentes de CAROLI MARTELLI æterna damnatione, quam, propter conceſſionem horum bonorum in beneficium ſubire debuerit. Ipſa fabula refertur apud BALVZIVM *Tom. II. Capitul. p. 109.* vbi ſancti Patres ita mentiuntur: *Quia vero* KAROLVS *Princeps, Pippini*

Sed non ſine murmuratione clericorum

pia fraude erga Carolum

caluum agentium. *pini Regis pater, qui primus inter omnes Francorum Reges ac Principes res eccleſiarum ab eis ſeparauit, atque diuiſit pro hoc ſolo maxime eſt æternaliter perditus. Nam ſanctus Eucherius Aurelianenſium Epiſcopus, qui in monaſterio S. Trudonis requieſcit, in oratione poſitus ad alterum eſt ſæculum raptus, et inter cetera, quæ Domino ſibi oſtendente conſpexit, vidit illum in inferno inferiori torqueri. Cui interroganti ab angelo eius ductore reſponſum eſt, quia ſanctorum iudicatione, qui in futuro iudicio cum Domino iudicabunt, quorumque res abſtulit et diuiſit, ante illud iudicium anima et corpore ſempiternis pœnis eſt deputatus, et recipit ſimul cum ſuis peccatis pœnas propter peccata omnium, qui res ſuas et facultates in honore et amore Domini ad ſanctorum loca in luminaribus diuini cultus et alimoniis ſeruorum Chriſti ac pauperum pro animarum ſuarum redemtione tradiderunt. Qui in ſe reuerſus ſanctum Bonifacium et Fulradum Abbatem monaſterii ſancti Dionyſii et ſummum Capellanum Regis Pipini ad ſe vocauit, eisque talia dicens in ſignum dedit, vt ad ſepulcrum illius irent, et ſi corpus eius ibidem non reperiſſent, ea, quæ dicebat, vera eſſe concrederent. Ipſi autem pergentes ad prædictum monaſterium, vbi corpus ipſius Karoli humatum fuerat, ſepulcrumque illius aperientes, viſus eſt ſubito exiſſe draco, et totum illud ſepulcrum interius inuentum eſt denigratum, ac ſi fuiſſet exuſtum. Nos autem illos vidimus, qui vſque ad noſtram ætatem durauerunt, qui huic rei interfuerunt, et nobis viua voce veraciter ſunt teſtati, quæ audierunt atque viderunt. Quod cognoſcens filius eius Pippinus ſynodum apud Liptinas congregari fecit, cui præfuit cum ſancto Bonifacio Legatus apoſtolicæ ſedis Georgius nomine. Nam et ſynodum ipſam habemus, et quantumcunque de rebus eccleſiaſticis, quas pater ſuus abſtulerat, potuit, eccleſiis reddere pro-*

zed by Google

procurauit. Et quoniam omnes res eccleſiis, a quibus ablatæ erant, reſtituere propter concertationem, quam cum Waifario Aquitanorum Principe habebat, non præualuit, precarias fieri ab Epiſcopis exinde petiit, et nonas ac decimas ad reſtaurationes tectorum, et de vnaquaque caſata duodecim denarios ad eccleſiam, vnde res erant beneficiatæ, ſicut in libro Capitulorum Regum habetur, dari conſtituit, vſque dum ipſæ res ad eccleſiam reuenirent. Vnde et Dominus Karolus Imperator, adhuc in regio nomine conſtitutus, edictum fecit, vt neque ipſe, nec filii eius, neque ſucceſſores huiuſmodi rem agere attentarent. Quod manu propria firmauit, cuius plenitudinem habemus, et de quo capitulum excerptum in libro Capitulorum eius, quicunque librum illum habet, et legere voluerit, inuenire valebit. Hanc etiam relationem et in ſcripturis habemus, et quidam noſtrum etiam viua voce Domnum Hludouuicum Imperatorem patrem noſtrum referre audiuimus. Sed et ſacri canones Spiritu Sancto dictati, eos qui facultates eccleſiaſticas diripiunt, et res eccleſiaſticas indebite ſibi vſurpant, Iudæ traditori Chriſti ſimiles computant. Et ſancti qui cum Deo in cælo regnant, et in terris miraculis coruſcant, diuino iudicio tanquam necatores pauperum ab eccleſiæ liminibus et a cæleſti regno ſecludunt. De quibus ſacrilegis in prophetia Pſalmi prædictum eſt, qui dixerunt, hereditate poſſideamus ſanctuarium Dei, Deus meus pone illos vt rotam, et ſicut ſtipulam ante faciem venti. Et ſicut ignis, qui comburit ſiluam, et ſicut flamma comburens montes, ita perſequeris illos in tempeſtate tua, et in ira tua turbabis eos. Imple facies eorum ignominia.

§. VIII. Iam antea anno 844. in Concilio Vernenſi, quod refert BALVZIVS in *operib.* SERVATI LVPI *p.* 202. Epiſcopi ad CAROLVM CALVVM ſimiles querelas detulerunt inquientes:

Patres in concilio Vernenſi de hac regum conceſſione feudorum ec-

cleſiaſticorum conqueſti ſunt.

tes: *Videmus iram Dei nobis et vobis imminere, cum pro rapinis et immanibus aliis ſceleribus; tum etiam maxime quod eccleſiæ facultates, quas Reges et reliqui Chriſtiani Deo vouerunt ad alimenta Seruorum Dei et pauperum, ad exceptionem, hoſpitum, redemtionem captiuorum, atque templorum Dei inſtaurationem, nunc in vſu ſecularium detinetur. Hinc multi ſerui Dei penuriam cibi et potus ac veſtimentorum patiuntur, pauperes conſuetam eleemoſynam non accipiunt, negliguntur hoſpites, fraudantur captiui, et fama omnium merito laceratur. Et quidem ſi hæc a paganis peteretur eccleſia, patientiam flagitaret. Nunc autem oppreſſi a filiis noſtris, hoc eſt, ab his, quos vel nos vel deceſſores noſtri in Chriſto genuimus, Chriſtianos eos noſtro miniſterio facientes, nullam patientiæ conſolationem recipimus, quoniam de illorum interitu formidamus. Certe, quod nullus, quamquam impudentiſſimus, negare audebit, poſſeſſio eccleſiæ votum eſt fidelium, patrimonium pauperum, redemtio animarum. Votum ergo alterius quomodo quiſquam Deo audet auferre? Hereditatem pauperum qua temeritate præſumit inuadere? vnde alii ſuas animas redemerunt, cur inde alii ſuas perdunt? Itaque quædam loca venerabilia, quod nunquam antea auditum eſt, laici ex integro poſſident, quorundam partem ſibi vindicant, quorundam prædia multipliciter diuiſa in hereditatem ſibi dari fecerunt. Aegyptii ſacerdotes, famis neceſſitate, ceteris cuncta vendentibus, ſuas poſſeſſiones retinuerunt; et falſi dii reuerentiam a ſuis cultoribus meruerunt, quam in hac parte ſolus et verus Deus non obtinet. Oza percuſſus eſt propterea, quod nutantem arcam ſubleuare præſumſit, quam tangere nefas erat. Rideat hoc aliquis, niſi, quod ſummo dolore dicimus, quidam oppreſſores eccleſiæ dignum ſuis moribus exitum noſtro etiam tempore inuenerunt. Propheta clamat: Qui dixerunt, hereditate poſſideamus ſanctuarium Dei, Deus meus pone illos vt rotam et ſicut ſtipulam ante faciem venti. Poſtremo ipſe Dominus* IESVS *conditor et* re-

redemtor: Quid proficit homo, ſi lucretur vniuerſum mundum, ſe autem ipſum perdat, et detrimentum ſui faciat? Et quiſquam tam audax et deſperatus inuenitur, qui poſſeſſiones Dei ad certiſſimam perniciem ſuam occupet et inuadat? O fideles Deo et vobis ipſis, nolite pro temporali abundantia diuitiarum mereri ſempiternam congeriem miſeriarum, nec vltra decus animae veſtrae tam peſtifero, tam denique certo ſacrilegio polluatis. Reddite Deo ſua, vt veſtra cum pace poſſideatis, tormenta euadatis aeterna, et poſtmodum ad gaudium domini noſtri, vt ſerui fideles, intromittamini. Seculares honores ſeculares poſſideant, eccleſiaſticos eccleſiaſtici ſortiantur. Nec nos inſatiabilis cupiditatis arguatis, quia, qualeſcunque ſumus, vera nos dicere, nec ipſi neſcitis. Et, licet pauci, ſunt tamen aliqui noſtrum Deum timentes, qui iuxta illud propheticum exaudiantur: voluntatem timentium ſe faciet, et deprecationem eorum exaudiet, quia omnium finis cottidie appropinquat; et quae videntur, temporalia ſunt; quae autem non videntur, aeterna. Si volumus euadere praeſentes calamitates et futuras euitare miſerias, in commune a noſtris prauitatibus ad Dominum conuertamur, et declinantes a malo, faciamus bonum, vt bona Domini mereamur videre in terra viuentium. Tu autem, Clariſſime Rex, quia veriſſime ſcriptum eſt, corrumpunt mores bonos colloquia mala, fuge peruerſorum conſortia et conſilia, nec a te quiſquam petere audeat, quod maieſtatem tuam praeſtare non deceat. Nec timeas iratos homines, hoc eſt, terram et cinerem, amplius quam Deum, qui te creauit, quique in veritate iudicabit, cuius voluntatem ſi perfecte ſecutus fueris, credimus, quod quorumlibet hominum te contumacia liberabit, et omnibus anguſtiis clementer eripiet, ac poſt hoc temporale regnum, ad perpetuum cumulata felicitate perducet.

Quæ fere Reges abſterruere ab horum feudorum conceſſionibus in laicos.

§. IX. Ad ſuggeſtionem hanc et querelas tot Epiſcoporum iam CAROLVS M. et LVDOVICVS P. remedia gliſcenti nimium abuſui adferri ſtuduerunt, ſed magis diſtulerunt, quam effecerunt, vt apparet *ex Capitul. lib. I. C. 104.* apud STEPHANVM BALVZIVM *p. 724.* Sub CAROLO CALVO rem audacius aggreſſi ſunt Epiſcopi, maxime HINCMARI opera et ſtudio, prout §. *anteced.* obſeruaui. Verum praxis ſequentium temporum oſtendit, non fuiſſe hæc beneficia eccleſiaſtica laicis antea dari ſolita prorſus ſublata, ſed quodammodo tantum eorum collatio tranſmutata, prout §. *ſeq.* oſtendam. Interim plurimis laicis monaſteria et eccleſiæ ſunt ablatæ, clericisque in beneficium conceſſæ. Præiudicio hoc iam capti erant Principes, rectius regi monaſteria aliasque eccleſias per Epiſcopos aliosque clericos, quam laicos, adeoque conuenientius eſſe, vt quia iam olim in *feudum* dari ſolita eſſent, illis potius quam his darent, prout conciliorum plurium canones loquuntur. Inde magis magisque *beneficiorum* appellatio inter ipſos clericos confirmata eſt, præſertim cum *bona eccleſiaſtica* olim laicis in beneficium conceſſa ad illos ſub eadem qualitate tranſirent, et ſic ipſimet monaſteria aliaque eccleſiaſtica bona, aliis *iure beneficii* conceſſa poſſiderent. Immo eo magis placuit hæc *beneficii* appellatio, quod etiam ipſimet *militare*, et *militiam ſacram* ſubire dicerentur, quod præſertim placuit ſæculo XI. quo Canonici abiecta vita communi bona eccleſiaſtica ſeorſim poſſidere, eaque inter ſe diſtribuere conſtituerunt. Paſſim ſane in iure canon. hæc de *militia ſacra* inculcatur doctrina, *vid. c. 19. c. 23. q. 8. c. 1. X. de clerico ægrotante*, in primis vero ABBO Floreacenſis Abbas, qui circa finem *ſæculi X.* floruit, in *collectione ſua canonum a* MABILLONIO *tom. II. Analect. p. 248. ſqq.* relata,

Subſtitutis tamen clericis.

Vnde beneficiorum appellatio in eccleſiis inualuit,

quod clerici militare dicerentur.

eam

eam illuſtrauit, et *c. 52. p. 336.* ita philoſophatur: *Hæc ſententia, quæ ad milites loquitur, poteſt etiam ad clericos retorqueri: quia etiamſi non militare videantur ſæculo, tamen Deo militant, ſicut ait Apoſtolus: Nemo militans Deo implicat ſe negotiis ſecularibus. Videmur, inquiam, non militare remiſſis ac fluentbius tunicis: Sed habemus militiæ noſtræ cingulum, quo caſtimoniæ interiora conſtringamus. De quo cingulo dominus ait: Sint lumbi veſtri præcincti, et lucernæ ardentes in manibus veſtris. Nam et catholicus clericus hac ſententia ritinetur: Si enim non contentus ſtipendiis fuerit, quæ de altario domino iubente conſequitur, ſed exercet mercimonium, interceſſiones ad Dominum vendit, viduarum munera libenter amplectitur; hic negotiator magis poteſt videri, quam clericus. Nec dicere poſſumus: nemo nos inuaſores arguit violentiæ, nullus accuſat. Quaſi non interdum maiorem prædam viduis blandimenta eliciant, quam tormenta. Nec intereſt apud dominum, vtrum vi, an circumuentione quis res alienas occupet, dummodo quoquo pacto teneat alienum.* Admodum ſalutaris hæc doctrina clericis fuit, vt ipſimet potius pro hac *militia ſacra* bona eccleſiaſtica in feudum acciperent, quam laicis pro *militia ſeculari* permitterent. Vnde etiam adhuc hodie ipſa bona eccleſiaſtica *iure beneficiario antiquo* a clericis poſſidentur, et ipſa antiquorum feudorum natura ex his *beneficiis eccleſiaſticis* optime illuſtrari et explicari poteſt.

Altera occaſio ex Epiſcoporum facto, quo ipſimet potius quam Reges ea in feudum dare maluerunt.

§. X. Altera occaſio feudorum eccleſiaſticorum fuit ipſorum Epiſcoporum deſiderium, vt quod in totum emendare non poſſent, ad minimum quantum fieri poſſet, ad ſuum traherent arbitrium, ipſique tanquam ſupremi diſpenſatores bonorum eccleſiaſticorum hæc feuda laicis conferrent. Duplicem hactenus ex ſuis principiis, quibus imbuti erant, notauerant errorem,

tum

tum quod Principes bona eccleſiaſtica pro lubitu *iure feudi* conferrent; tum quod *laicis* illa concederentur. Ob ſeruitia ſecularia, militiam et vſus profanos, ad quos non erant deſtinata. Decimæ in primis clericis *iure diuino* deberi credebantur, quarum collatio in feudum laicis facta, grande ſacrilegium continere videbatur. Poſterius vno impetu tollere non potuerunt, prius ergo quouis molimine aggrediebantur, omnesque animi neruos intendebant, vt Reges ab hac *collatione* retraherent, illamque ſui iuris facerent, quod vbi tractu temporis impetrarunt, ipſimet *domini feudorum eccleſiaſticorum directi* facti ſunt. In *Capitul. Caroli M. de anno 814.* apud BALVZIVM *tom. I. Capitul. p. 527. c. 3.* grauiter laicis hoc inculcatur ſimulque oſtenditur, quantopere Epiſcopi ſtuduerint, pro his feudis abolendis. Verba hæc ſunt: *Quapropter præcipimus, vt ſi quis ex iure eccleſiaſtico hactenus noſtra largitate aliquid poſſedit, ſi illa deinceps habere voluerit, ad proprios Epiſcopos veniat, et ab eis, et a præpoſitis eccleſiarum vnde eſſe videntur, quocunque modo iuſte potuerit ea impetrare ſatagat, et nihil ex eis aliter ambiat aut concupiſcat vel accipiat, ne cupidus ſanctarum rerum ignis, qui in eis eſt, eos fauilloſius exurat. Vnde et in ſacris canonibus Spiritu Dei conditis decretum habetur ita: ſi quis oblata dederit vel acceperit præter Epiſcopum vel eum, qui conſtitutus eſt ab eo ad diſpenſandam miſericordiam pauperibus, et qui dat et qui accipit anathema ſit. Scimus enim anathematizatos homines et in præſenti ſæculo infames eſſe ac perditos et a conſortio fidelium in omnibus abſque pane et aqua fieri alienos, atque ſi abſque eccleſiæ ſatisfactione de hac vita receſſerint, a regno Dei fore extorres. Quam foueam cauere diſſimulans vel recuſans noſtra ſe ſciat per omnia carere ſocietate. Quia non ſolum qui faciunt, ſed qui facientibus praua conſentiunt, rei ſunt. Satius enim nobis eſt regnum non habere terrenum, quam æter-*

num

num perdere. Plus vero me credo poſſe Deum per ſuorum merita ſanctorum adiuuare, quam omnem militiam ſaeculorum. Quapropter omnes ſcire cupimus, ſi ſuper his, quibus fruimur bonis, vniuerſum mundum lucrari potuiſſemus, noſtram veſtrasque animas perdere noluiſſemus, nec ſe prædictis cupiditatibus perdere volentibus aſſentire. Teſtante namque euangelica tuba didicimus, nihil prodeſſe homini vniuerſum mundum lucrari, ſi anima ſua detrimentum patiatur. Et iterum: Quam dabit homo communicationem pro anima ſua. Et iterum: Ibunt hi in ſupplicium ſempiternum, iuſti autem in vitam æternam. Interim non ſtatim *in totum* mos antiquus mutatus eſt, nec Reges a collatione horum beneficiorum in vniuerſum abſtinuerunt. Docet id ipſum PASCHASIVS RADBERTVS, qui *anno 844.* præfecturam cœnobii Corbeienſis obtinuit, et *vitam* S. WALAE Abb. ſcripſit, quam primus MABILLONIVS in *Actis Benedict. ſæc. IV. P. 1. p. 453.* edidit. Hic morem veterem adhuc perſtringit, et ad minimum collationem horum beneficiorum Epiſcopis deberi cenſet. Ait: *Si reſpublica ſine ſuffragio rerum eccleſiaſticarum ſubſiſtere non valet, quærendus eſt modus et ordo cum ſumma reuerentia et religione chriſtianitatis ſi quid vos veſtrique ab eccleſiis ob defenſionem magis quam ad rapinam accipere debeatis; ne cum maledictione et exſecratione Sanctorum Pontificum ita tenus præſumatur. Porro iſti Sancti Pontifices ſi quid ad vſus militiæ exhibendum eſt, ſic exhibeant etc.*

Epiſcopi per aliquot ſæcula plane hæc feuda abolere conati ſunt.

§. XI. Quamuis vero ita paullulum collatio horum beneficiorum ad Epiſcopos deuolueretur, apparet tamen ex ſequentium temporum conciliis, morem priſtinum non in totum exoleuiſſe. Id interim vnice curæ cordique Epiſcopis fuit, vt plane mos priſtinus tolleretur, *laicis* bona eccleſiaſtica auferrentur, *eccleſiisque* h. e. *clericis* prorſus reſtituerentur, quibus

propria credebantur. Collineat huc feudiſta *1. F. 6. pr.* aiens: *Item ſi Epiſcopus vel Abbas vel Abbatiſſa, vel dominus plebis feudum dederit de rebus eccleſiarum, quæ eis ſubiectæ ſunt, et tituli vocantur, nullum habet vigorem, ſecundum hoc, quod conſtitutum eſt a Papa Vrbano in ſancta Synodo: hoc eſt, illud, quod poſt eius decretum fuerit datum: quod autem ante datum fuerit, firmiter permanere debet. Idem iuris eſt, ſi præpoſitus, vel abbatiſſa, vel alia eccleſiaſtica perſona, quæ antiquitus non ſit ſolita in feudum dare: ſcilicet vt quod dederit, de iure non valeat.* Ad hoc decretum interpretes iuris feudalis et canonici frequentiſſime prouocant, ſeque in illos ius aliquod ſingulare reperiſſe credunt, vt bona *menſalia*, ne quidem adhibitis canonicis ſolemnibus, alienari poſſint, ſed tantum *communia*, *vid. I. B. de* LYNCKER *Reſponſo II.* et quidem ex hac ratione, quod alioquin VRBANVS II. nihil noui conſtituiſſet. STRVVIVS *in S. I. F. cap. VI. aph. 4. n. 2.* Verum ipſum VRBANI decretum adhuc in abdito latet, nec Synodus ab interpretibus producta eſt, cui illud debeatur, cum nec *Placentina*, nec *Claromontana*, nec alia ſub hoc Pontifice habita, verba adducta contineat. Aut ergo feudiſta errauit, aut, quod probabilius eſt, mentem *c. 20. concilii Claromontani* tantum expreſſit, quæ ſimul ex proxime antecedentibus conciliis illuſtrari poteſt. In *concilio Bituricenſi anno 1031.* habito *c. 21.* idem iam conſtitutum fuit his verbis: *vt ſeculares viri eccleſiaſtica beneficia, quæ* FEVOS PRESBYTERALES *vocant, non habeant ſuper presbyteros.* FEVI PRESBYTERALES ſunt illa feuda eccleſiaſtica, quæ VRBANVS *titulos* vocat, quales olim potiſſimum erant *eccleſiæ parochiales*, quæ ab antiquo iam in feudum laicis datæ fuerant, fremente licet clero. Eadem fuit ſententia VRBANI II. in *concilio claromontano c. 20.* apud

Maxime Vrbanus II.

Sed de eius Synodo non adeo conſtat.

n. apud HARDVINVM in *actis conciliorum tom. VI. P. II. p. 1719.* vbi Papa ita edixit: *vnde et interdictum eſt omnibus laicis, ne amplius altaria vel eccleſias ſibi retineant*, in feudum ſcilicet, quo iure antiquo more eas tenuerant. *Idem in concilio Nemauſenſi an. 1096.* celebrato, interdictum hoc repetiit, ſtatuitque in *c. 6.* apud HARDVINVM *c. l. p. 1750. Laicus qui oblationem eccleſiae, ſepulturam, decimam, aut terram ſanctuarii tenuerit, ab omnium fidelium communione ſeparetur.* Ni me omnia fallunt. Terra ſanctuarii eſt *eccleſia parochialis*, ſeu *titulus* in feudum dari prohibitus ab VRBANO II. prout feudiſta *c. l.* retulit. Inde planum liquidumque redditur, Pontificem nihil noui conſtituiſſe, ſed morem antiquum, bona eccleſiaſtica laicis in feudum dandi, tantum abolere voluiſſe. Attamen ne ſic quidem omnia feuda eccleſiaſtica manibus laicorum ſtatim extorta ſunt, ſed per varia temporum interualla adhuc durarunt, donec tandem plerique laici, minis clericorum deterriti, exemplo HENRICI V. illa dimittere coacti fuerint, vt rariora rudera horum antiquorum feudorum hodie in Germania ſupereſſe probabile ſit.

Tertia occaſio horum feudorum deſumenda eſt ex militia antiqua Epiſcoporum.

§. XII. Tertia occaſio conſtituendi *feuda eccleſiaſtica* deſumenda eſt ex *militia antiqua ipſorum Epiſcoporum*, quam inſtruebant turbulentis temporibus, tum *pro defenſione eccleſiarum*, tum *pro ſubſidiis regibus* ſuppeditandis. Rationem huius militiae Epiſcopi prouinciarum Rhemenſis et Rotomagenſis anno 858. apud BALVZIVM *tom. II. capitul. p.* 108. fideliter referunt, aiuntque: *de quibus conſecratis Deo rebus quod habent liberi homines eccleſiis ſeruientes per diſpoſitionem rectorum ipſarum eccleſiarum, ideo conſtituerunt Apoſtolorum ſucceſſores hoc ordinari, vt quia creuerunt fidelium vota, et increuerunt infidelium mala, augeretur*

 per

per diſpenſationem eccleſiaſticam regni militia, ad reſiſtendam malorum nequitiam, quatenus ipſæ eccleſiæ defenſionem haberent et pacem, et Chriſtianitas obtineret tranquillitatem. Quapropter ſicut et illæ res ac facultates, de quibus viuunt clerici, ita et illæ ſub conſecratione immunitatis ſunt, de quibus debent militare vaſalli, et pari tuitione a regia poteſtate in eccleſiarum vſibus debent muniri. Ipſe HINCMARVS, qui huic concilio interfuit, *tom. I. p.* 324 idem confirmat, et, *porro*, ait, *Epiſcopus diſpoſitis quæ ſunt eccleſiæ ac ſuis, eccleſiaſticorum nihilominus et pauperum hoſpitumque ſubſidiis, cum de rebus eccleſiæ propter militiam beneficium donat, talibus dare debet, qui idonei ſunt reddere Cæſari quæ ſunt Cæſaris,* vbi ſimul ſubiungit liberis horum *militum eccleſiæ*, vti vocabantur, ſi ad militiam apti ſunt, feuda eccleſiaſtica non eſſe auferenda. Magis confirmata hæc feuda ſunt in conſtitutione CONRADI, quæ 5. F. 1. refertur, vbi ſtatuit, *vt nullus miles Epiſcoporum, Abbatum, Abbatiſſarum, Marchionum, vel Comitum, vel hominum, qui beneficium de noſtris publicis bonis, aut de eccleſiarum prædiis nunc tenent aut tenuerint, aut hactenus iniuſte perdiderint, tam de noſtris maioribus valuaſoribus, quam eorum militibus ſine certa et conuicta culpa ſuum beneficium perdat, niſi ſecundum conſuetudinem anteceſſorum noſtrorum et iudicium parium ſuorum.* Tale ſine dubio feudum fuit, quod SERVATVS LVPVS *epiſt.* 119 *p.* 174 *edit. Baluz.* ab AENEA Epiſcopo HILDEGARII defuncti filio dari petiit: *Vnde proprio affectu,* ſcribit, *et propinquorum vtriuſque lineæ impulſu aſſerentium, me apud vos plurimum poſſe, ſanctitati veſtræ has litteras deſtinaui, ſupplicans, vt filio ipſius, ſuper quo poſtulauit, concedere dignemini beneficium, tutorem vero, qui et moribus veſtris congruat, et militare obſequium exigat, laudabili prudentia ſtatuatis.* *In capitul.* CAROLI M. et LVDOVICI *P. lib. III. c.* 82. apud BALVZIVM *tom.*

tom. I. p. 769. cauetur: *vt non ſolum beneficia Epiſcoporum vel Abbatum, Abbatiſſarum, atque Comitum, ſiue vaſſorum noſtrorum, ſed etiam fiſci noſtri deſcribantur in breue etc.* quibus verbis meo iudicio illa feuda, de quibus hic agitur innuuntur. Conf. ALTESERRA *de origine feudorum C. IV.*

Quarta occaſio haurienda eſt ex oblatione bonorum.

§. XIII. Quarta occaſio, et quidem fere primaria eorum, quæ hodie ſuperſunt, quærenda eſt *in oblatione bonorum,* eccleſiis hac intentione facta, vt rurſus ab iiſdem in feudum offerentibus darentur. Antiqua *deuotio,* vel potius *ſuperſtitio,* hoc errore communi maiores noſtros deceperat, vt optimo demum iure ſe bona ſua poſſidere crederent, ſi ab eccleſiis illa in feudum recognoſcerent. Huius moris, ni fallor, iam mentio fit in lege Baiuuariorum apud BALVZIVM *tom. I. capit. p.* 95. *de anno* 630. vbi modus, res ſuas transferendi in eccleſiam, determinatur hoc modo: *Et quicquid donauerit, villas, terram, mancipia, vel aliquam pecuniam, omnia quæcunque donauerit pro redemtione animæ ſuæ, hoc per epiſtolam confirmet propria manu ſua ipſe, et teſtes adhibeat ſex vel amplius. Si voluerit, imponant manus ſuas in epiſtola, et nomina eorum notent ibi quos ipſe rogauerit. Et tunc ipſam epiſtolam ponat ſuper altare, et ſic tradat ipſam pecuniam coram Sacerdote, qui ibidem ſeruit. Et poſt hæc nullam habeat poteſtatem exinde nec ipſe, nec poſteri eius, niſi defenſor eccleſiæ ipſius per beneficium præſtare voluerit ei, ſed apud Epiſcopum defendatur res eccleſiæ, quicquid a chriſtianis ad eccleſiam Dei datum fuerit.* Sub CAROLO M. hunc modum iam obtinuiſſe, *concilium Turenſe III. c. vlt. de anno* 813. luculenter probat, ſimulque oſtendit, liberos nonnunquam ab hereditate parentum excluſos fuiſſe ob nimias in eccleſiam factas donationes, cuius rei iniquitatem quodammodo Patres ipſimet confeſſi ſunt. Interim

 nemi-

neminem hac de re quæſtionem hactenus mouiſſe allegant, *quia*, pergunt, *pæne nullus eſt, qui res ſuas ad eccleſias donet, niſi de rebus eccleſiaſticis, aut tantum quantum donauit, aut duplum aut triplum vſufructuario accipiat: et quibus ille tunc, aut quantis filiis aut propinquis a rectoribus impetrauerit, poſt diſceſſum eius eadem conditione, qua ille tenebat, poſteri ſibi vindicent.* Addunt tamen hanc declarationem, ne, ſuperſtitione parentum bonis paternis defraudati, vllam conquerendi cauſſam habeant: *nobis viſum eſt prædictis heredibus hanc dare optionem, vt ſi voluiſſent traditiones parentum ſuorum conſequi, de qua iam illi erant per legem excluſi, rectoribus eccleſiarum ſe commentarent, et hereditatem illam in beneficium, vnde ſe adiuuare et ſuſtentare poſſint, acciperent.* Aſtute agunt Patres, vt iniquitatem parentum hoc modo tegant, quam reformidare debuiſſent, et ſimul laicos ſibi obnoxios in vſum eccleſiæ facerent, ex quibus in promtu ipſis miles eſſet, quem in expeditionem pro more illorum temporum mittere poſſent. Morem hunc laicorum inueteratum clerici Bremenſes cum eiuſdem Archiepiſcopo in controuerſia, quæ inter HENRICVM Aucupem et VICELINVM interceſſerat, allegant apud HELMOLDVM *lib. I. chron. Slau. c.* 69. *n.* 11. præmittentes, ampliſſimis regni diuitiis eccleſiam auctam fuiſſe. *Vbi enim dux*, aiunt, *vel Marchio, vbi in regno principatus quantumlibet magnus, qui pontificibus manus non offerat, recuſatus, opportune, importune ſe non ingerat? certatim currunt, vt homines fiant eccleſiæ et participes fiant beneficiorum eius. Vos igitur honorem hunc peſſundabitis, et infringetis iura magnis auctoritatibus edita? dabitiſne huic duci manus veſtras, vt hoc exemplo incipiant eſſe Principum ſerui, qui fuerunt Principum domini?* Ingenue his verbis fatentur, qua arte quibusue mediis clerici magnates principesque circumuenerint,

nerint, vt domini eorum fierent. Conf. ALTESERRA *c. l.* HERTIVS *diſſ. de feudis oblatis P.* 1. §. 5. vbi hanc materiam variis aliis teſtimoniis exornat. Idem confirmat SECKENDORFFIVS im teutſchen Fürſten-Staat *in addit.* §. 20. vbi multa territoria allodialia eſſe fatetur, addit tamen: Ihre meiſte und beſte Oerter aber ſind andern Ständen ſonderlich geiſtlichen Stiften lehnbar, denn denſelben haben die Vorfahren das Eigenthum mehrentheils gutwillig aufgetragen. Pluribus hoc confirmat WERNERVS THVMMERMVT *in tract.* Krummſtab ſchleuſt niemand aus, vbi *p.* 110. *n.* 57. hoc primarium fundamentum ſuæ intentionis ponit, feuda eccleſiaſtica non ex bonis eccleſiarum data fuiſſe vaſallis, ſed ipſorum vaſallorum propria et allodialia bona ex deuotione vel alias modico pretio eccleſiarum Prælatis oblata, quod *p.* 117. variis exemplis *feudorum Colonienſium* oſtendit, ſimulque *p.* 134. ad diœceſes Leodicenſem, Monaſterienſem, Treuirenſem, et Fuldenſem prouocat. In Italia exempla horum *feudorum oblatorum* rariora fuiſſe videntur, quod vel inde liquet, quia compilatio conſuetudinum Longobardicarum tantum *datorum*, non *oblatorum* meminit, prout infra ſpecialius oſtendendum erit.

Quam oblationem admodum promouit Epiſcoporum potentia.

§. XIV. Verum in Germania exempla frequentiora ſunt, in qua Epiſcopi paullatim ad tantam deuenerunt potentiam, vt comites, nobileſque vel inuiti ſæpius ſua bona illis in feudum offerre coacti fuerint. Hanc ipſam ſaluti eccleſiæ fuiſſe, fatetur STEPHANVS LEODICENSIS *lib. I. vita S. Modoaldi c. XIV.* apud SVRIVM *die* 12. *Maii,* vbi eccleſiarum Gallicanarum religionem, potentiam et honorem magnopere extollit, et hæc ſubiicit: *inde eſt, quod nuſquam gentium*

tium æqualis potentiæ Pontifices inueniri queant, vel quia regio comitatu et opulentia parum differant. Ex horum numero fuiſſe refert ARNVLPHVM *Metenſem*, CVNIBERTVM *Colonienſem*, REMACLVM *Tungrenſem*, et MADOALDVM *Treuirenſem*, qui circa *annum* 628. floruerunt, et iam eo tempore in magna potentia fuerunt. Quidni ergo idem multo magis de Epiſcopis ſequentium temporum dicendum erit, quorum potentia magis magisque creuit, laicorum vero virtus ſub nimia eorum veneratione decreuit. IOHANNEM I. Epiſcopum Treuirenſem rem huius eccleſiæ in ſummam amplitudinem deduxiſſe, validis arcibus propugnaculisque confirmaſſe, *et opportunis beneficiariorum equitum ſubſidiis auxiliisque fulſiſſe*, teſtatur BROWERVS *lib. XV. annal. Treuirenſium ad annum* 1212. §. 92. Recenſet in ſequentibus, arces prædiaque acquiſita, *et quicquid eius generis*, ait, *poſſeſſionem eccleſiæ comparauit, iis vnde nactus fuerat, beneficiario iure denuo conceſſit.* HENRICVS II. Archiepiſcopus Treuirenſis ex oblatione DIETHERI Monsbergenſe caſtrum acquiſiuit, *vt liberi tamen fiduciariam arcis poſſeſſionem retinerent, Pontificibus clientela ſemper obnoxii*, vt ait BROWERVS *ad annum* 1273. §. 92. Plurima huiuſmodi feuda etiam iure belli, ſi ſuperiores exſtiterunt, acquiſiuerunt, deuictos in quaſcunque leges pacis iurare cogentes, prout IDEM *c. l. lib. XVII. ad annum* 1331. §. 88. et *ad annum* 1334. §. 95. item *ad annum* 1342. §. 113. aliisque variis locis oſtendit. Nonnunquam etiam, interueniente pretio quodam, exiguo tamen, oblatio peracta, quod exemplo HENRICI, epiſcopi Baſileenſis illuſtrant *Anal. Colmar. ad ann.* 1271. *pag.* 9. apud VRSTISIVM *P.* 2. *ſcript. rerum germ.* Conf. Diploma *de anno* 1219. apud LEIBNITIVM *in prod. Cod. diplom. n.* 6. *p.* 5. quo REGINAL-

Quod exemplis illuſtratur.

GINALDVS rex inſulam ſuam Romanæ ſedi in feudum obtulit, antea liberrimo iure poſſeſſam. Similiter *Anno 1406.* Comes GISELBERTVS epiſcopo et Capitulo Monaſterienſi tractum inſignem ſponte et vltro in feudum obtulit, teſte SPENERO *in hiſtor. inſign. lib. 2. cap. 51. et lib. 3. c. 25.* Pluribus aliis documentis hoc argumentum illuſtrat HERTIVS *de feudis oblatis P. 1. §. 6. et 7.*

§. XV. Plures aliæ occaſiones per tot ſæcula occurrere potuerunt, quibus quandoque eccleſiis *vtile vel neceſſarium* viſum fuit, bona eccleſiaſtica in feudum aliis concedere, vel pro pace redimenda, vel pro liberanda eccleſia ab ære alieno, vel pro aliis commodis. Nam ob *vtilitatem* et *neceſſitatem* bona eccleſiaſtica alienari in totum poſſe conſtat, multo magis ergo in feudum dari queunt, ſi ſolemnitates canonicæ ſunt adhibitæ. Verum rariora huius generis exempla ſunt; frequentiora illa, quæ ex *oblationibus maiorum* ortum traxerunt; quæ vero olim aliis occaſionibus variis enata ſunt, ea vix hodie ſuperſunt, poſtquam laici tot anathematis fulminibus tandem illa, quæ *iure beneficiario* ab eccleſia obtinuerunt, reddere coacti ſunt, ne dicam plures etiam eccleſias et monaſteria graui ære ſoluto libertatem bonis eccleſiaſticis rurſus acquiſiuiſſe, ſimili fere modo, prout a *iure aduocatiæ* ſeſe liberarunt. Inde natum eſt ſine dubio commune Dd. aſſertum, pleraque feuda eccleſiaſtica, quæ hodie ſuperſunt, non tam ab eccleſiis *data*, quam a maioribus *oblata* eſſe, quod rationem habet, ſi *a potiori* facienda eſt denominatio. vid. THVMMERMVT *cit. l.* HERTIVS *cit. l. §. 6.* SCHILTER *ad ius allem. feud. in rubr. §. 14.* Vix enim probabile eſt, Epiſcopatus tot caſtris, hodie a nobilibus poſſeſſis iure feudi, olim abundaſſe, vt illa promiſcue in feudum nobilibus conceſſerint: quæ olim eccleſiis donata ſunt quoad inte-

Plures aliæ occaſiones generatim allegantur.

Sed praualet illa, quæ ex oblationibus deſumenda eſt.

gram ſubſtantiam, illa in eius patrimonio vtplurimum permanſiſſe, cum alienatio bonorum eccleſiaſticorum tam diſtricte fuerit prohibita, et quando licite fieri poteſt, tot tamen cautelis et præcautionibus alienatio facienda eſt, vt non facile in effectum deduci poſſit. Accedit, Pontifices illorum bonorum demum inueſtituras permiſiſſe, quæ ab antiquo ſunt infeudari ſolita, *c. 2. X. de feud.* id quod vix de aliis, quam de illis intelligi poteſt bonis, quæ ſub hac qualitate feudali *primordialiter* eccleſiæ acquiſita ſunt, id quod demum per *oblationem* ſolemnem fieri potuit, ſiue hæc *ſponte* per meram *donationem* ſiue alio interueniente *titulo oneroſo* facta fuerit. Quæ enim olim ex *bonis eccleſiæ* conſtituta et *data* ſunt feuda, iam dudum machinationibus Epiſcoporum exſpirauiſſe videntur, ne quidem exceptis illis, de quibus §. *XI.* dictum eſt, cum etiam pleraque eorum, vt admodum probabile eſt, extinctis familiis, quibus olim conceſſa erant, tandem ad eccleſias reuerſa, et rarius forſan aliis in feudum data ſint, mutato *militiæ ſtatu* per vniuerſam Germaniam, cuius intuitu non amplius neceſſum fuit, feuda concedere. Olim Epiſcopi militem *iure beneficiario* habuere, *qui proprio ſumtu* expeditionem facere obſtrictus erat: mox ſcena mutata, et ſtatus imperii tandem militem ſuum, dato ſtipendio, aluerunt. Collineat huc BROWERVS *lib. XVIII. annal. Treuir. ad annum 1388. §. 80. p. 254.* et *militaris diſciplinæ*, ait, *ita tunc vſus tulit, vt equeſtrium virium præcipua laus eſſet penes obnoxiam, et feudis deuotam nobilitatem; peditum robur coiret ex delecta iuuentute popularium et ciuium, donec mercenaria tandem militia ſucceſſit, eademque ſumtuoſiſſima, ſub Sigiſmundo Cæſare et Maximiliano I. qui pedites in Germania per raptus et furta vagos ſub ſigna coactos merere, et doryphoros* ha-

haſtatosque noſſe ordines audire tribunos et centuriones et ſtare in acie docuit. Solas *decimas* excipio, quæ olim eccleſiis propriæ fuere, et forſan adhuc hodie ex antiquo more ſuperſunt.

CAPVT II.
DE
INDOLE FEVDORVM ECCLESIASTICORVM.

ARGVMENTVM.

§. I. *Feudi eccleſiaſtici varius ſignificatus. Ita appellatur 1) ab eccleſia feudum accipiente; II. 2) ab obiecto 3) a perſona concedente. III. Cragii explicatio reiicitur. Secularia bona prælaturis innexa, eccleſiaſticis accenſentur. IV. Clerici ſucceſſionis in feudo incapaces, acquiſitionis feudorum vero capaces ſunt. V. In definiendis feudis eccleſiaſticis ad obiectum rei eccleſiaſticæ in primis reſpiciendum. VI. Huc ergo non pertinent feuda ex bonis territorialibus data. VII. Nec ius patronatus, nec iuriſdictio eccleſiaſtica. VIII. Vnde dicantur* Krumſtäbiſche Lehn? *IX. An in propria vel impropria recte diſpeſcantur? X. Magis impropria et oblata eſſe præſumuntur. XI. Dubia, huic præſumtioni obmota, enucleata. XII. An ius Longobardicum ad ea applicari poſſit?*

§. I.

Ex his occaſionibus tandem nata eſt decantatiſſima diſtinctio feudorum in *eccleſiaſtica* et *ſecularia*. Illorum fit mentio in *c. 7. X. de conſtit.* horum vero in *c. 6. X. de for. compet.* Verum in ipſis definitionibus harum duarum ſpecierum Dd. non conueniunt. THOMAS CRAGIVS *lib. I. feudorum §. 10.* arbitratur, hanc diuiſionem non ex diuerſitate qualitatum naturalium, ſed ex *diuerſitate perſonarum*, quæ feudum accipiunt, naſci.

Feuda eccleſiaſtica a Cragio definiuntur ex qualitate perſonarum, quarum tres ſpecies conſtituit.

naſci. *Nam in ſeculari feudo*, pergit, *quod nos laicum dicimus, id tantum ſpectamus, an laicus ſit, qui dedit, ſimul et qui accipit, i. e. talis, qui ordines eccleſiaſticos non ſuſcepit; feudum tamen eccleſiaſticum aliter conſideramus; nam eccleſia tam dat feudum, quam accipit, et vtrumque feudum eccleſiaſticum dicitur, ſiue qui dat, ſit clericus, ſiue qui accipit: modo ſit nomine eccleſiæ conceſſio, immo et aliquando clericus, non nomine eccleſiæ, cui præeſt, ſuſcipit, ſed et hoc feudum etiam ſub eccleſiaſtici nomine agnoſcitur.* Liquet ex dictis, CRAGIVM adeo late hanc diuiſionem accepiſſe, vt in effectu tres feudorum eccleſiaſticorum ſpecies conglutinauerit. Prima deprehenditur in feudo, quod eccleſia vel a Rege, vel a Principe, vel etiam a priuato accepit, quod ideo vere *eccleſiaſticum* dici poſſe cenſet, quod in hoc genere feudi non tam conſideretur perſona Epiſcopi aut Prælati, quam potius ipſa *eccleſia*, vt hæc vera Regis *vaſalla* dicatur, Prælatus vero tantum eccleſiæ adminiſtrator, per quem eccleſia, quæ non poteſt per ſe præſtare, ſolet exercere, vt tamen, licet adminiſtrator in dominum peccauerit, eccleſia ex hoc facto damnum ſentire non debeat. Habent enim Prælati et eccleſiæ vaſallos ſuos et milites, per quos ſeruitia militaria præſtare poſſunt. In effectu cum CRAGIO conſpirant, qui feudum in *regale* et *non-regale* diuidunt, et regale iterum in *eccleſiaſticum* et *ſeculare diſpeſcunt*. Illud confertur per Cæſarem ſummis Prælatis Germaniæ, annexam dignitatem regalem habens, et *eccleſiæ* vel Prælaturæ ita cohæret, vt in ſucceſſorem Prælatorum ſingularem, non heredes eorum vniuerſales, tranſeat. Hoc vero cum dignitate regali ſecularibus perſonis confertur. vid. STRVVIVS *in S. I. F. cap. III. aph. 7.* Alias illud dicitur Scepter-Lehn, hoc vero ein Fahnlehn. Equidem olim feu-

Primam ſpeciem deſumit ab eccleſia feudum accipiente.

Quod vel regale vel non regale.

Illud vocatur **Scepter-Lehn.**

feuda regalia potiſſimum vexillo data fuiſſe annales referunt, quod fuſius illuſtrat GVNDLING *diſſ. de feudis vexill.* §. *1. et ſqq.* Sed Prælati maxime a temporibus HENRICI V. poſtquam per annulum et baculum inueſtituram dimittere coactus fuit, per *ſceptrum* inueſtiti ſunt, quia in ſolemni pacto cum CALISTO inito hæc Imperatori præſcripta eſt formula: *electus autem regalia per ſceptrum a Te accipiat.* vid. MAIBOMIVS *tom. III. rerum german. p. 179.* Morem hunc in Italia natum, et hac occaſione Imperatori præſcriptum fuiſſe, cenſet GVNDLING *cit. l.* §. *20.* quod principatus maiores a Papa aliisque collati fuerint. Cui coniecturæ etiam hæc addi poteſt, quod loco *inueſtituræ per baculum*, qui olim etiam *ſceptrum* dictus eſt, hæc Cæſari relicta ſit.

Nec adeo hic diſſentiunt, qui feudum eccleſiaſticum definiendum cenſent ab obiecto.

§. II. Plerique tamen hanc feudi eccleſiaſtici in ſenſu ſtrictiori acceptam definitionem reiiciunt, nec ad conditionem vaſalli reſpiciendum eſſe cenſent, ſed tantum ad *ipſam rem* in feudum datam, vt STRVVIUS *cit. l.* HORNIVS *in iuriſprud. feud. cap. III.* §. *13.* VVLTEIVS *in iure feud. cap. VIII.* §. *8.* Et tamen hi omnes quando feudum in *regale* et *non-regale* diuidunt, illud a conditione perſonæ accipientis in *eccleſiaſticum* et *ſeculare* diſtribuunt, quod vix connecti poteſt, niſi diuerſo reſpectu vnum idemque *ſeculare* et *eccleſiaſticum* dici poſſe aſſeramus. Si *eccleſiaſticum* ab *obiecto* definimus, *feuda ſceptri* magis ſunt *ſecularia*; quam *eccleſiaſtica*; ſi a *perſona accipiente* dici poſſunt *eccleſiaſtica*, quod eccleſiæ vel potius clericis acquiſita ſint. Atque hæc diuerſa acceptio admitti poteſt, ſi *in ſenſu generaliori* hanc diuiſionem accipimus. In ſenſu *ſpecialiori* et *primario*, quem ius canonicum et vſus hodiernus approbauit, tantum a *diuerſitate obiecti* hæc diuiſio petitur, vt

Eccleſiaſticum potius ab obiecto definiendum.

eccleſiaſticum dicatur, quod in *re eccleſiaſtica:* ſeculare, quod in *re profana conſtituitur,* ſicuti emphyteuſis *eccleſiaſtica* et *ſecularis* eodem ſenſu a *diuerſitate obiecti* diſtinguitur. Firmat hanc ſententiam vſus antiquiſſimus feudorum eccleſiaſticorum, quem *Cap. praeced.* retuli, vnde apparet, hæc ita denominata fuiſſe ab *obiecto*, non a *perſona concedente* aut *recipiente* feudum, quin quod ingens illa horum feudorum diuerſitas ex *diuerſitate rerum*, diuerſiſſimam indolem habentium, vnice deriuanda ſit, nec *perſona vaſalli*, qua talis, ex reſpectu, ei cohærente, in materia feudali primario conſideretur.

Feuda ſceptri, quibus Prælati inueſtiuntur, ſunt magis ſecularia.

Hac de cauſſa Epiſcopi et Prælati cum regalibus inueſtiti, magis perſonam *Principis ſecularis* gerunt, et inueſtiuntur mit der Weltlichkeit, vt loquuntur. Notum eſt, OTTONEM M. fratrem ſuum BRVNONEM de regalibus ad inſtar Ducis inueſtiuiſſe. Nam, vt ait auctor vitæ BRVNONIS apud LEIBNITIVM *tom. I. rerum Brunſwic. p. 279.* Imperator *fratrem ſuum Brunonem occidenti tutorem et prouiſorem, et vt ita dicam Archiducem in tam periculoſo tempore miſit.* Olim ſane Duces ab Epiſcopis admodum diſtinguebantur, quod hi rem diuinam facerent, et eccleſiæ curam gererent, illi vero *rei militari* præeſſent, et domi ſupremam iuriſdictionem cum *iure gladii* per prouincias adminiſtrarent, et reipublicæ præfecturam gererent. Hoc munus Epiſcopi, etiam in ſuis diœceſibus, Ducibus, Comitibusque relinquebant, niſi quatenus bona eorum hominesque illis adſcripti a banno ſeculari ſpeciali priuilegio exemta fuerint, quod multoties factum fuiſſe, infinita diplomata docent, quo caſu per aduocatos vtplurimum iuriſdictionem exercuerunt. Sed tandem ipſi Epiſcopi, Ducatus, Comitatusque inter alia regalia acceperunt, et *credibile eſt*, vt ait LEIBNITIVS *in proleg. cit. l. exemplum*

plum Brunonis, viri ob mores ſcientiamque laudatiſſimi plurimum potuiſſe, vt nec vererentur dare Principes nec accipere Prælati, quod tantus vir habuiſſet. Singulare hoc eo tempore fuiſſe docet *chronicon* apud GRYPHIANDRVM *de Weichbildis cap. XXVIII.* da begunten zuerſt die Biſchöffe weltliche Rechte zu haben, daß dauchte damahls unbillig manchem Mann, non quod ante hæc tempora nullam iuriſdictionem eccleſiæ habuerint, ſed quod eam inſtar *Ducum, comitumque* per *vniuerſam prouinciam* haud exercuerint. Hoc ſenſu accipi poſſunt verba *iuris Allemannici feudalis cap. XLII.* alle Biſchöffe emphahendt von dem Könige Müntz und Zölle, und etliche empfahendt Bahnlehn, und etliche Gerichte, quod illuſtrat SCHILTERVS *ad cit. cap. XLII.* Feuda *vexilli* non eſſe *eccleſiaſtica*, ſed mere *ſecularia*, a quocunque demum accipiantur, res ipſa loquitur. Vnde in prima pactione, quæ inter HENRICVM V. et CALISTVM inita eſt anno 1110. quaque regalia Pontifex in manus Imperatoris dimiſit, hæc *ad regnum*, quod *ſecularem poteſtatem* denotat, pertinere dicuntur, et intuitu eorum hodie Epiſcopi Cæſari ſubſunt, atque ab eorum iudiciis ſecularibus ad eum, non ad Papam appellatur. Quod et Principibus proteſtantibus in *I. P. art. V. §. 21.* confirmatum, additumque, eos abſque vlla exceptione a Cæſare eſſe inueſtiendos, poſtquam iuramenta *regalibus conſueta feudis* præſtiterint. Inde ſatis planum manifeſtumque eſt, feuda talia, quibus Prælati intuitu eccleſiæ ſuæ inueſtiuntur, eſſe magis *ſecularia* quam *eccleſiaſtica.*

§. III. Alteram ſpeciem feudi eccleſiaſtici CRAGIVS *cit. l.* §. 24. cum SCHRADERO *de feudis P. II. cap. III.* §. 17. in eo conſtituit, cum Prælatus, ſiue aliqua perſona eccleſiaſtica feudum acquirit, ſed non *eccleſiæ* nomine, ſed ſibi tanquam *priuato.*

Alteram ſpeciem Cragius inde deſumit, ſi prælatus tanquam pri-

uatus feudum accipit.

uato. Hæc a prima ſpecie in eo differre videtur, quod in illa ipſa eccleſia acquirat feudum, hic vero Prælatus. Verum aut *officio* Prælati hoc feudum cohæret, aut non. Poſterius contingit, ſi *gentilitia feuda* in Prælatum ex iure ſanguinis deuoluuntur: prius vero ſi Prælati ſimul ſunt Principes imperii, quibus qua talibus hæc feuda ab Imperatore conferuntur, et tantum in ſucceſſores in officio tranſeunt. Hunc caſum iam examinaui in prima ſpecie §. *anteced.* illuſtrata, adeoque ſi hunc caſum intelligit CRAGIVS, hæc ſecunda ſpecies a prima non adeo differt, cum conſtet, Prælatos in ſenſu iuris canonici repræſentare *eccleſiam*, et quicquid illis, qua talibus, confertur, etiam eccleſiæ collatum cenſeri. Conf. CORVINVS *in iure canonico lib. II. tit XXXVII.* §.*9. et ſqq.* Illud vnicum adhuc monendum cenſeo, in *I. P. art. V.* §.*14. bona eccleſiaſtica immediata conſtitui in Archiepiſcopatibus, Epiſcopatibus, Prælaturis, Abbatiis, Præpoſituris etc.* quibus non vnice *bona eccleſiaſtica* ſtricte dicta, ad menſam Prælatorum Capituli vel eccleſiarum collegiatarum et parochialium ſpectantia et olim deſtinata, intelliguntur, ſed illis etiam *Principatus* et *comitatus* inſunt, cum vniuerſo territorii iure et regalibus, quæ Epiſcopis a Cæſare conferuntur. Inde noua naſcitur ratio, quod hæc feuda recte *eccleſiaſtica* dici poſſint. Sed ſalua res eſt. A potiori faciendam eſſe denominationem, aiunt Romanæ eccleſiæ doctores, et conſequenter cum regalia cum iure rerritorii ſemel Prælaturis innexa ſint, et eccleſiaſtica bona ſecularibus præferri debeant, etiam hæc *eccleſiaſtica* dici debere. Interim non negandum eſt, id minus commode fieri, et ex hac confuſione bonorum *ſecularium* cum *eccleſiaſticis* multas natas eſſe difficultates, præcipue vero hanc, quod Pontifex prætendat, etiam in *ſecularibus cauſſis* a Prælatorum

Quod reprobatur.

Qui fiat, quod principatus epiſcopatibus innexi bona eccleſiaſtica vocentur?

torum ſententiis recte ad ſe fieri appellationes, tanquam ſupremum bonorum eccleſiaſticorum iudicem, quibus attentatis tamen recte ſeſe imperium opponit, cum ab illis, tanquam *Principibus imperii*, tales appellationes fiant. Proinde ſalua adhuc ſtat theſis noſtra, feuda hæc regalia Prælatorum magis *ſecularia* eſſe.

Clerici tanquam priuati hodie feudorum ſunt capaces.

§. IV. Si priorem caſum, quo Prælati feuda gentilitia iure ſanguinis accipiunt, quæque in ſucceſſorem in officio non tranſeunt, CRAGIVS intelligit, de eius exiſtentia adhuc dubitari poſſet. Conſtat enim ex *2. F. 30.* clericos nullo modo in beneficium paternum ſuccedere poſſe, adeo, vt ſi quod iam habuerint, ipſo facto amittant poſt clericatum ſuſceptum, idque ideo, *quod deſinat eſſe miles ſeculi, qui factus eſt miles Chriſti, nec beneficium pertineat ad eum, qui non debet gerere officium*, vt dicitur *2. F. 21.* Conforme hoc eſt *iuri Allemannico feudali cap. I. §. 3.* vbi dicitur: Pfaffen ſullend alle Lehn-Rechts darben, ceu pluribus expoſui in *tom. I. Conſult. et Deciſ. reſp. XLIII.* Nec obſtare videtur, quod feudum accipere, et per ſubſtitutum ſeruire poſſint: ad hoc enim reſpondet CRAGIVS *lib. 1. feudorum tit. XIV. §. 5.* cum ZASIO, *perinde hoc eſſe, ac ſi quis furem excuſaret, quod non ipſe ſed eius ſubſtitutus ex eius mandato, conſilio, et ope furtum fecerit, et ſane iure*, pergit, *qui per ſe facere non poteſt, per alium poſſe non videtur, et quod principali prohibitum eſt, et eius ſubſtituto: et vt aiunt canoniſtæ, nemo Deo militans ſecularibus negotiis ſe implicare debet; arma enim paſtorum eccleſiæ ſpiritualia ſunt, et, vt canoniſtæ volunt, preces, et lacrymæ eſſe debent: non tela. Nam, vt ait Hieronymus, clericus eſt de ſorte domini, qui diuinis officiis et contemplationem deditus, ab omni ſecularium ſtrepitu ſubmotus eſſe debet,*

victu et veſtitu contentus, vt ipſe dominum poſſideat, et ab ipſo poſſideatur, alioqui quomodo erit portio domini. Exiſtimat quidem CRAGIVS *cit. l.* contrariam ſententiam in vſu eſſe, nec abſolute clericos feudorum *acquirendorum* incapaces cenſeri, liquet tum ex *cap. anteced.* tum ex *iure Alleman. feud. cap. III. §. 1.* ab *acquiſitione* tamen ad *ſucceſſionem* non valet argumentum. Inualuit tamen ex nonnulliorum locorum vſu, nec clericos a ſucceſſione feudi antiqui excludi teſte CARPZOVIO *P. III. c. XXVIII. def. 2.* quod in primis de clericis ſecularibus intelligunt. vid. KNIPSCHILD *de fideicommiſſ. familiæ cap. VIII. n. 88.* adeo vt nec *equites ordinum militarium* excludantur, in quibus magis rationes dubitandi allegatæ ceſſant. vid. THEODORVS HÖPPINGK *de iure inſig. cap. VIII. n. 372.* CHRISTIANVS *von* OSTERHAVSEN *de Statut. et ordinat. Melitenſ. tit. V. p. 91. ſqq.* Quod ceteri clerici irregulares et monachi a ſucceſſione excludantur, peculiarem habet rationem, quod *proprietati* per votum ſolemne renunciauerint. Verum nec hæc acceptio huc pertinere poteſt, quoniam Clerici, qua *priuati*, talia feuda poſſident, quo reſpectu vt *eccleſiaſtici*, aut *eccleſiam repreſentantes* haud conſiderantur, ſed vt alii *Vaſalli ſeculares*, et ita quoque in *foro ſeculari* conueniuntur. *c. 6. X. de foro compet.*

A ſola qualitate obiecti eccleſiaſticum definiendum eſſe adſtruitur.

§. V. His igitur omiſſis, potius dicendum eſt, feudum *eccleſiaſticum* a *ſeculari* diſtingui ſolo obiecto, vt illud dicatur, quod in *re eccleſiaſtica*, h. e. clericis, *qua talibus*, aſſignata, et ad ærarium eccleſiaſticum, *qua tale* relata conſtituitur; hoc vero, quod *rem profanam* pro obiecto habet. vid. STRVVIVS *cit. l. cap. III. §. 4.* Neque ad *perſonarum qualitatem* præciſe reſpiciendum eſſe arbitror, cum nihilominus *feudum ſeculare* maneat, ſi a clerico, forſan in *re patrimoniali*, datum fuerit 2. F. 35.

F. 35. vel etiam clericus non qua talis, ſed qua *priuatus*, et ſic tanquam *ſeculare* id teneat, quod adeo adhuc ſeculare eſſe dicitur in *c. 6. X. de foro compet.* vt etiam in foro *feudali ſeculari*, non *eccleſiaſtico*, clericus vaſallus deſuper in iudicium trahi poſſit. Conf. DVARRENVS *de feudis cap. XX. et XXI.* Diuerſa eſt ratio *feudorum eccleſiaſticorum* in re eccleſiaſtica conſiſtentium, de quibus in iudicio *eccleſiaſtico feudali* decernitur ab Epiſcopo, *c. 7. X. de foro compet.* non habito reſpectu vaſalli, ſiue clericus ſiue laicus ſit, cum etiam hic in re eccleſiaſtica iudicio eccleſiæ ſeu Epiſcopi ſubſit. Denique neque hoc quidem neceſſarium eſſe arbitratur MAIERVS *in Synt. iur. feud. c. II.* §. 7. vt quod in re eccleſiaſtica conſtituitur, etiam a perſona eccleſiaſtica conſtituatur. Equidem horum feudorum hodie ordinarii collatores ſint Epiſcopi et Prælati et ſic ad mores hodiernos ſententia diſſentientium non quadrat. Vnde etiam notanter vocantur Krumſtäbiſche Lehn; interim inſpecto iure antiquo vera eſt MAIERI ſententia. Conſtat tamen ex *cap. anteced.* ipſos etiam Reges olim *bona eccleſiaſtica* in feudum dediſſe laicis, quæ tamen nihilominus *eccleſiaſtica* dicta ſunt, vt conſtat ex *capit.* de *anno 813.* ſupra §. VI. adducto, licet non potuerint dici Krumſtäbiſche Lehn, quam appellationem hodiernis moribus, quibus ſimul ad *conferentem* reſpicitur, demum acceperunt. Quin etiam poſtquam aduocati eccleſiis monaſteriiſue dati ſunt, ab his primario collatio feudorum eccleſiaſticorum olim dependit, nec adhuc hodie in quibuſdam locis feudorum horum collatio ſine eorum conſenſu fieri poteſt. Ratione *finis* et *ſeruitiorum* cum aliis feudis ſecularibus conueniunt eccleſiaſtica, cum etiam vtplurimum dentur ob ſeruitia militaria, vel alia officia *ſecularia* et *aulica*, et Prælati ad imitationem ſecularium Principum, tandem etiam

A quocunque conſtituatur.

militiam officialesque aulicos iure beneficiario acceperint, et adhuc hodie habeant. In hoc differunt hæc feuda a *beneficiis eccleſiaſticis*, quæ adhuc hodie clericis pro *officio ſacro* conferuntur, et re vera *feudorum eccleſiaſticorum* ſpecies ſunt, immo priſcam ſuam naturam retinuerunt in eo, quod in heredes beneficiati non tranſeant. Interim de his in præſenti non agitur, ſed de illis tantum, quæ ob *ſeruitia ſecularia* conferuntur, et in heredes tranſeunt, et ſic vtplurimum *a laicis* poſſidentur.

In quo differant a præbendis.

§. VI. Huc etiam HORNIVS *in iuriſprud. feud. cap. I. §. 41. et cap. III. §. 13.* refert *ſubfeuda*, quæ Epiſcopi Prælatique ex illis bonis territorialibus, quæ ab Imperatore in feudum acceperunt, rurſus aliis iure *ſubinfeudationis* in feudum conferunt, ea de cauſſa, quod quoad dominium vtile bona eccleſiæ facta ſint, et ſic re vera in *re eccleſiaſtica* conſtituantur. Admitto hanc ſententiam in *ſenſu generaliori*, quo etiam feuda regalia Epiſcoporum *eccleſiaſtica* dicuntur, prout ſupra obſeruaui, et ſimul *patrimonio eccleſiæ*, h. e. clericorum adſcribuntur. Verum ſi in *ſenſu ſtricto*, quem ius Canonicum et vſus hodiernus præfert, hac voce vtimur, vix eſt, vt hæc ſubfeuda huc referre queamus. Quilibet enim Prælatus duplicem gerit perſonam in ſuo territorio, *Epiſcopi* et *Principis*. Hoc reſpectu, vt *Princeps ſecularis* agit, territorio præeſt, et regalia cum annexis poſſidet, adeoque quando ex his in ſubfeudum aliquid concedit, id facit tanquam *Princeps territorii*, ex bonis ſecularibus, quibus ipſemet, tanquam Princeps imperii, inueſtitus eſt. Nec obſtat, quod hæc bona quoad *dominium vtile* eccleſiæ bona facta eſſe dicantur; ad hoc enim iam ſupra regeſſi, id fieri in ſenſu improprio et minus commodo, ex illo erroneo prin-

Non recte huc referuntur ſubfeuda, ex bonis territorialibus data.

principio, quod Prælatus eccleſiam conſtituat, quod tamen ne quidem vniuerſale eſt, ſed ad illa tantum pertinet in ſenſu iuris canonici, quæ vt *Epiſcopus* et *Prælatus* agit, non vero quæ diuerſo reſpectu tanquam perſonæ ſeculari et *Principi Duci* vel *Comiti* ipſi attribuuntur. Ipſa quoque *eccleſia*, cuius faciem gerere dicitur Prælatus, hos *reſpectus ciuiles* aſſumit, et eos Epiſcopis communicat, vt bona hæc ſecularia eccleſia non aliter, quam vt *ciuilis perſona* poſſideat, longeque diuerſo reſpectu, quam illa, quæ *patrimonium ſacrum* dicuntur. Sic Moguntinus eſt Archicancellarius imperii, negotia publica imperii dirigit, et qua talis ſecularia negotia peragit, quæ tamen proinde non dicenda ſunt *eccleſiaſtica*, quod Archiepiſcopatui hoc officium cohæreat. Proinde hæc ſubfeuda ex bonis, quibus ipſe Prælatus inueſtitus eſt, aliis data, in plurimis differunt ab illis: quæ in *re eccleſiaſtica* proprie conſtituuntur, cum illa vtplurimum propriam feudorum *datorum* naturam retineant, immo in his conferendis Epiſcopus ad exemplum ceterorum Principum liberiorem habeat poteſtatem, niſi hæc capitulationibus aliiſue pactis, cum ſtatibus prouincialibus initis, reſtricta fuerit.

§. VII. Quæ cum ita ſint, facile reſolui poteſt quæſtio: *an etiam ius patronatus*, das Pfarr-Lehn, *ad feuda eccleſiaſtica referri debeat?* vel enim hoc accipitur pro iure, quod patronus in *præſentando* et *inueſtiendo* præſentatum exercet, quo caſu ad illa *beneficia eccleſiaſtica* referri poteſt, quæ ceteris clericis pro officio ſacro conferuntur. Ipſe ſcilicet patronus, tanquam dominus feudi, de *bonis eccleſiaſticis* præſentatum inueſtit, eique hoc beneficium confert, quicquid pontificii in contrarium afferant, vt hoc ius, quod *ſpirituale* vocant, et laicis non conueni- *Nec ius patronatus huc pertinet.*

uenire exiſtimant, prorſus imminuant. Verum hoc ſenſu ius patronatus æque vt cetera beneficia huc non pertinet. Vel etiam conſiderari poteſt ius patronatus, quatenus patronus de illo a domino territorii inueſtitur, prout hodie ſæpius in litteris inueſtituræ eius mentio fit; quo caſu propius feudis eccleſiaſticis accedit, cum ſecundum ius canonicum *ius patronatus* etiam *rebus ſpiritualibus* accenſeatur, et hac ratione de eo in iudiciis eccleſiaſticis contendatur per *cap. 3. X. de Iudiciis*, quod etiam proteſtantes ſequuntur, vid. CARPZOV. *lib. III. iuriſprud. conſiſt. def. 2. n. 20.* et FINCKELTHAVS *de iure patronatus cap. VIII.*

Nec iuriſdictio eccleſiaſtica in feudum data.

Idem dicendum eſt de *iuriſdictione eccleſiaſtica*, quando nobiles inueſtiuntur mit denen geiſtlichen Gerichten: nam et hanc pontificii *eccleſiis* vindicant, et ad iura earum referunt, a quibus noſtrates non recedunt, ſed adeo tenaciter principiis papalibus inhærent, vt ne quidem nobiles de hac iuriſdictione inueſtiri poſſe, adeoque inueſtituram mit denen geiſtlichen Gerichten potius *ius patronatus*, quam *iuriſdictionem eccleſiaſticam* denotare, cenſeant. vid. BERGER *in Oeconomia iuris lib. IV. tit. III. §. 2. n. 1.* WEBER *de iure conſiſt. cap. XLI.* quod tamen minime attendendum eſt. Quocirca ſi ex vero res inter proteſtantes æſtimanda foret, vtrumque feudum potius *ſeculare* quam *eccleſiaſticum*, dicendum eſſet, cum Principes proteſtantes iuriſdictionem eccleſiaſticam non qua *Epiſcopi*, ſed qua *Principes* exerceant, et ita eis, quos inueſtiunt, *partem ſecularis poteſtatis*, ſubordinate tamen, conferant. Idem iudicium quoque de *iure patronatus* ferendum, quod etiam quoad originem ſuum non eccleſiæ proprium eſt, nec ab illa, ſed aliunde acquiritur, vnde et Princeps, qui illud confert per feudum, non *rem iuris eccleſiaſtici* confert, ſed *propriam*, in diſpo-

Digitized by Google

diſpoſitione ipſius exſiſtentem, et ab antiquiſſimis temporibus a laicis exercitam, quibus alias iurium eccleſiaſticorum commercium denegant. Vnde etiam eſt, quod hodie inter proteſtantes ius patronatus etiam pretio interueniente vt alia *iura ſecularia* in alios transferri poſſit. Sine dubio igitur rectius facturi ſumus, ſi etiam hæc duo exempla ſequeſtramus, et a propoſito themate excludimus.

Vocantur hæc feuda Krummſtäbiſche Lehen.

§. VIII. Vocari communiter hæc feuda ſolent die Krummſtäbiſche Lehen, quia appellatio des Krummſtabes, vel vt etiam dici ſolet, des Bedſtabes, *ius epiſcopale* denotat, vnde etiam Lehen vom krummen Stabe, h. e. feuda a Prælatis conceſſa, vocantur. vid. WEHNER *in obſeru. pract. v.* Krummſtab. Ex quo nata ſunt decantata illa prouerbia: Unter dem Krummſtab iſt gut wohnen, Krummſtab ſchleuſt niemand aus. A patribus aliisque ſcriptoribus ipſe *baculus paſtoralis*, quo olim inueſtiti ſunt Epiſcopi, variam appellationem habuit, dum mox *ferula paſtoralis*, mox *pedum paſtorale* et *cambuca*, mox *virga epiſcopalis* dictus fuit, vt obſeruant MAIBOMIVS *tom. II. rerum germ. p.* 172. *et ſq.* et STRAVCHIVS *in amœnitat. iuris can. ſem II. eclog.* 7. *cap* 8. SCHMID *diſſ de baculo paſtorali* §. 6. quin quod ab OTTONE *Friſingenſi lib. II. c.* 6. etiam *ſceptrum* dictum fuerit, cum etiam *regia ſceptra* ab origine aliud fuiſſe non videantur, quam *paſtoralis baculus. Ita non magnopere*, vt verba THOMASSINI *P I. de diſcipl. eccleſ. lib. II. cap.* 58. mea faciam, *diſtabat ab epiſcopali baculo, regius, niſi vel ipſa primigenia ſimplicitatis veſtigia turbaſſetque ambitio poſterorum auroque pretium feciſſet, quod per aurea ipſa et beata ſecula minimo in pretio fuit.* Interim non nego, quandoque regia *ſceptra a baculis* Regum diſtincta fuiſſe, prout obſeruat cum SCHMIDIO *c. l.* HEINECCIVS *de ſigillis P. I.*

Baculi a ſceptro diſcrimen.

cap.

cap. X. §. 39. præſertim cum etiam imagines antiquæ formam *baculi a ſceptris* diſtinguant. vid. STEPHANVS BALVZIVS *in not. ad capitul. tom. II. p.* 1276. *et* 1277. Ceterum ſi *baculi epiſcopalis* origines et rationes ſpectamus, nihil adeo egregii aut arcani in eo deprehendo. Erant olim hi baculi ſubſidium aliquod humani corporis, cui innitebantur vel infirmi, vel iter facientes, adeoque non mirandum eſt, Epiſcopos, immo etiam ipſos Apoſtolos baculum geſtaſſe. Nihil in eis ornamenti, nihil elegantiæ, aut myſterii, ſed forma et longitudo conſueta, nec in eam, quam hodie præ ſe ferunt, longitudinem extenſi, ſed vnice ſuſtentationi corporis inſeruientes, et ſic non vbique eandem formam habentes. vid. SCHMID *de baculo paſtorali, n.* 18. THOMASSINVS *cit. l.* HEINECCIVS *cit. tr. P. I. cap. XIII.* §. 5. Eam formam adhuc hodie ſeruant eccleſiæ orientales, in quibus Patriarchæ incedentes longe minori baculo, pedo paſtorali latinorum vtuntur; ita vt Epiſcopus incedens facile poſſet ſuper ipſum manu ſe fulcire. Summitas eius ſeſe in longum extendit, et verſus extremas partes incuruatur, vt eo commodius eo inniti poſſit Epiſcopus. MORINVS *de ſacris ordinat. P. II. in annotat. n.* 127. *pag.* 199. Imaginem huius baculi repræſentauit HEINECCIVS in der Abbildung der Griechiſchen Kirche *P. III. cap. I.* §. 37. *p.* 60. Similem formam *baculi paſtorales* latinorum habuiſſe videntur, vt tantum commoditatis gratia in ſuprema parte incuruati fuerint in forma crucis vel etiam einer Krücke, vnde et memini, in antiquis monumentis der Krummſtab, vocatum fuiſſe des Biſchofs Krücke. Sæculis ſequioribus res minimi momenti myſticas acceperunt rationes, vt eo magis Epiſcoporum auctoritas conſeruari immo augeri poſſet, adeo vt

Eiusque antiqua ratio.

Quibus poſtea variæ interpretationes myſticæ affictæ ſunt.

vt tandem in *pedum epiſcopale*, quod olim ſimplex baculus fuit, degenerauerit, quorſum vetus poeta MARNER a SCHILTERO *ad ius feud. allem. cap. I.* §. 1. *n.* 4. *in f.* adductus, collineat: Ewer Krumberſtab der iſt gewachſſen z' einen langen Speer, vt forſan rectius ab hoc tempore vocari debuiſſet ein Hirtenſtab, quam ein Krummſtab, oder Krücke, præſertim cum etiam der Hirtenſtab olim iuriſdictionem denotauerit, vt *auctor actorum Lindauienſ. p.* 94. *et p.* 806. obſeruat. Hoc modo in morem abiit, vt ſub hoc *pedo paſtorali*, quem in ipſa conſecratione Epiſcopus accipit, teſte ESPENIO *P. I. iuris eccleſ. tit. XV. cap.* 3. §. 14. tota poteſtas epiſcopalis inumbraretur. Solus Pontifex Romanus hodie tali baculo paſtorali non vtitur, vt ait INNOCENTIVS III. *in c. vn. de ſacra vnct. tum propter hiſtoriam, tum propter myſticam rationem*; interim neutram rationem explicat. Hiſtoriam ſeu potius fabulam ex INNOCENTII III. *myſter. miſſ. lib. I. cap.* 62. refert STRAVCHIVS *cit. l.* Pingitur nimirum, B. PETRVS Apoſtolus diſcipulum ſuum miſiſſe cum quibuſdam aliis ad prædicandum germanis, quo in via ad viginti dietas defuncto, FRONTO collega eius rediit ad nunciandum hoc PETRO. Cui PETRVS: *accipe hunc baculum, et tangens illum dic: ſurge in nomine Domini, et prædica.* Ille vero in quadrageſimo die a tempore mortis illius tetigit eum, et ſurrexit et prædicauit. Et ita PETRVS *baculum a ſe remouit, et ſubditis dedit, nec recuperauit.* Aliam fabellam huic ſimilem de MATERNO per baculum PETRI ab EGARIO reſuſcitato, narrat BROWERVS *lib. II. annal. Treuir. ad annum XLIX.* §. 3. *et ſqq.* Ad rationem quod attinet, ideo baculum Epiſcopalem in *ſummitate* eſſe curuum, aiunt interpretes, vt eorum *dependentiam* denotaret, Papam vero *recto ſcippione* vti, vt DEI

Et poteſtas epiſcopalis ſub iis adumbrata.

Cur Pontifex baculo non vtatur.

poteſtatem *independentem*, cuius vices in his terris ſibi attribuit, hoc ipſo denotaret, quemadmodum in ſacris de Deo dicitur, GOtt dein Stuhl bleibet ewig, das Scepter deines Reichs iſt ein gerader Scepter.

Propria feuda et impropria quomodo differant?

§. IX. Solent vero communiter feuda diuidi in *propria* et *impropria*. *Illa* dicuntur, quæ a communi feudorum natura et ratione haud declinant; *hæc* vero, in quibus a propria feudi natura receditur, ob pacta adiecta contractui feudali, aliasue rationes ex natura rei deſumtas. In quo autem *natura feudorum propria* conſiſtat, non adeo liquet. Quodſi hanc ex prima feudorum ratione æſtimandam dixeris, hodie omnia feuda *impropria* erunt, quia admodum ab illa deflectunt. Succeſſio olim naturæ feudorum repugnabat; pro lubitu reuocari poterant, et ſic renouatio inueſtituræ ignorabatur; dominium vtile haud transferebatur in vaſallum, adeoque eam non habebat poteſtatem, qualem hodie habent. Ex veritate adhuc *beneficii* titulum gerebant, pretio non comparabantur, et rariſſime mediante *oblatione* allodium in feudum commutabatur, quæ hodie longe aliter ſeſe habent, vt recte dicere poſſis, feuda hodierna, cum antiquis collata, re vera eſſe *impropria*. Et tamen adhuc hodie in hac diſtinctione ſubſiſtimus, et feuda *propria* dari aſſerimus. Videlicet poſtquam tractu temporis feuda in vniuerſum fere *nouam* acceperunt *formam*, adeo vt ita nouiter effigiata propriam ſuam rationem impetrauerint, et quæ morte vaſalli exſpirant, ad *impropria* hodie referantur. Hoc rerum ſtatu feuda *propria* dicta fuerunt, quæ a natura feudorum, ita nouiter efformata, haud declinant, ſed illam retinent, quam ex ſucceſſione in liberos, vnde reliqua omnia fluunt, conſecuta, quæque adhuc ex priſtina

ſtina feudorum ratione præterea conſeruata ſunt; quæ vero in vno vel altero ab hoc declinant, *impropria* dicuntur.

Feuda eccleſiaſtica magis impropria quam propria præſumuntur.

§. X. Equidem ex communi Feudiſtarum doctrina quæuis feuda præſumuntur eſſe *propria*, niſi pacto aliud conuentum fuerit, quod *in facto* conſiſtit, et ſic probandum eſt. Interim ſi regula formanda eſt ab eo, quod ſit vtplurimum, ſi præſumtio capienda eſt ab eo, quod in plerisque *feudis eccleſiaſticis* obtinet, dicendum potius, feuda eccleſiaſtica magis *præſumi* impropria quam propria, vt recte cenſent HERTIVS *in paræm. iuris lib. II. paræm.* 20. *in f.* SCHILTERVS *ad rubr. iuris feud. Allem.* §. 15. THVMMERMVT. *in tr.* Krummſtab ſchleuſt niemand aus *p.* 111. *n.* 64. Nam (1) *capite anteced.* iam obſeruaui, hodierna feuda eccleſiaſtica pleraque ab *oblationibus maiorum* originem traxiſſe, non *a beneuolentia Epiſcoporum et Prælatorum*, quippe quibus prorſus interdictum eſt, bona eccleſiaſtica in feudum dare, quique ſolemni iuramento conſtringuntur, de bonis eccleſiæ non alienandis. Aequum proinde fuit, vt Epiſcopi, *beneficium* magis recipientes, quam dantes, de iure ſuo aliquid remitterent, nec eos a ſucceſſione excluderent, quos alias domini feudi excludere poſſunt, qui *beneficium* in vaſallos tranſtulerunt. Vnde recte infert THVMMERMVT. *c. l.* aitque: *et quidem quid mirum, ſi feuda, quæ origine, quæ materia, quæ forma, quæ definitione, quæ nomine differunt, etiam effectu natura et re ipſa differre. Origo enim ab ipſis vaſallis eorumque bonis immobilibus, materia ſine qua non, exſurgit. Vbi in feudis Longobardicis a domini beneuolentia, opulentia et munificentia fundantur, forma etiam ſubinde, et maxime in illis feudis, quæ in reditibus annuis propriis vaſallorum allodialibus impoſitis, conſtituuntur, toto genere ab aliis communibus differunt, immo in toto feudorum codi-*

Quod pleraque ſint oblata.

ce veſtigium non habent. Quapropter euidentiſſime eluceſcit iniquitas, talia feuda ſecundum originem aliorum feudorum tantopere differentium regulare, et ipſorum vaſallorum piam deuotionem in odium poſterorum, nulla eorum interueniente culpa, retorquere velle. Atque hinc quoque dependet ratio, quare hodie etiam ipſa *feuda ſecularia* maxime in *ſucceſſione* adeo declinent a communi feudorum ratione, quod pleraque *oblata* ſint, pauciora feuda *data. Nobiles enim,* ait BESOLDVS *P. V. conſil. CCXII. n.* 49. *cum allodialia a Principibus recognoſcunt, vt quoties opus eſt, poſſint vtiliori titulo et potentiori manu ſe tueri: non id eo intuitu facere cenſentur, quod velint ſibi ſuisque heredibus inde praeiudicium generari, ſed vt abundantiore cautela ſibi prouideant.* Idem multo magis in *feudis eccleſiaſticis* locum habebit, quæ vtplurimum tantum maioris deuotionis gratia eccleſiis oblata, et a Prælatis magnopere expetita ſunt, qua de cauſſa etiam in quaſcunque pactiones et leges, ab offerentibus præſcriptas, facile conſenſerunt, quas poſtea ceteri vaſalli, in quorum oblationibus hæ forſan omiſſæ ſunt, ſibi quoque attribuerunt, ne deterioris eſſent conditionis reliquis vaſallis, qui iure pinguiori bona ſua ab eccleſiis recognoſcunt. Immo ex his pactis et conditionibus, quibus olim feuda oblata ſunt, conſuetudo inualuit, vt hæc feuda magis iure *irregulari* quam *regulari* poſſiderentur, licet talia pacta poſtmodum non ſemper eſſent expreſſa. Acceſſit (II) hæc peculiaris ratio, quod optima et liberior ſemper fuerit nobilium conditio ſub *regimine epiſcopali,* præſertim poſtquam ad *capitula eccleſiarum* cathedralium non alii, quam auita nobilitate corruſcantes, admiſſi fuerint, quorum cum conſilio Epiſcopi, Prælatique negotia publica expedire, et de iis decernere iuſſi ſunt. Præterea etiam vtplurimum per *capitu-*

Quod prælati in quaſcunque conditiones conſenſerint.

Quod regimen prælatorum lenius fuerit.

pitulationes conſtringuntur, vt grauiora negotia publica in diætis prouincialibus, quibus nobiles potiſſimum interſunt, proponant, et *ſtatuum prouincialium* conſenſu peragant determinentque, vnde nobiles in primis ſub Epiſcopis ad maiorem deuenere libertatem, immo nec Epiſcopi, qui ex gremio capitularium vtplurimum eliguntur, nobilium fortunis et libertati inſidias ſtruxerunt, quippe qui ipſimet ex numero nobilium fuerunt, adeoque facile paſſi ſunt, vt eorum conditio liberior et melior in quacunque re eſſet. Sic itaque Capitulum ſemper a partibus nobilium ſtetit: ſtatus prouinciales illis præſto fuerunt, et denique ipſi Prælati ex ſorte nobilium vtplurimum electi admodum nobilitati ſtuduerunt. Vnde natum eſt duplex illud prouerbium: **Unter dem Krummſtab iſt gut wohnen**, item: **mit St. Peter iſt gut handlen.** Hac de cauſſa quoque ſine dubio feuda eccleſiaſtica liberiorem naturam acceperunt, prout *Cap. IV.* ſpeciatim oſtendendum erit. Conf. interim KNICHEN *de veſtitur. paction. P. I. cap. IV.* VVLTEIVS *de feud. lib. I. cap. IX. n.* 48. WESENBECIVS *conſil.* 74. *n.* 47. 83. *et* 88. SANDE *in comm. ad conſuet. feud. Gelr. tit.* 3. *c.* 1. §. 7. *n.* 2. *ſqq.* (III) Singularem admodum rationem quoque affert GARZONIVS *de fem. ad feuda recipiend. n.* 126. *quod eccleſiæ a ſummo Pontifice et Deo defenſæ non indigeant auxilio manuali vel armato, cum lacryma et ieiunia ſint arma eccleſiæ, quæ magis congruant feminis quam maſculis, et illarum ſint ſanctiores eoque magis acceptæ*; ex quo infert, feuda eccleſiaſtica eſſe promiſcua. Lepida ſane eſt hæc ratio, et ex ignorantia verarum cauſſarum nata; maluit tamen GARZON aliquam afferre rationem, quam nullam. Forſan etiam reſpexit ad feudorum horum plerorumque peculiarem naturam, quæ frequentius lo-

Quod eccleſiæ armis non indigeant.

Et ſic ſeruitia militaria in plurimis deſint.

co *ſeruitiorum militarium* onus, cenſum præſtandi, adiunctum habent, qualia feuda *cenſualia* impropria eſſe nemo negabit. Scilicet in offerentium arbitrio fuit, conditionibus quibuſcunque allodialia bona a Prælatis recognoſcendi, vnde tot irregularitates ſunt natæ. Immo (IV) in pleriſque capitulis et diœceſibus adhuc ſuperſunt *pares curiæ*, ex nobilibus vaſallis conſtantes, qui, quoties inter vaſallos et prælatum controuerſia emergit, iudicant, et ſic magis illis, quam huic fauiſſe videntur, vt cauſſam communem defenderent.

Dubia remouentur (I) quod fauore eccleſiæ feuda præſumantur propria.

§. XI. Contra hanc præſumtionem (I) vrgeri ſolet, quod fauore eccleſiæ feuda magis *propria* et recta, quam *impropria* præſumantur, maxime intuitu ſucceſſionis, KLOCK *tom. II. conſil. X. n.* 57. et quod ſemper illa interpretatio capi debeat, quæ fauet eccleſiæ. Plura huius farinæ axiomata paſſim DD. allegant, rarius tamen cum iudicio applicant. Solus enim fauor eccleſiæ præſumtionem operari nequit, ſi grauiores adſunt in contrarium coniecturæ, immo *fauor eccleſiæ* eſt re vera *fauor clericorum*, et interpretum iuris figmentum. Eſt eccleſia in plurimis priuilegiata, et inde cauſſa eius fauorabilis eſſe dicitur; hic vero non de *priuilegio eccleſiarum* agitur, ſed de *nuda præſumtione*, quæ ex communiter accidentibus deſumitur. Vrgent porro (II) quæuis feuda in dubio magis præſumi *propria*, vt alleganti contrarium onus probandi incumbat, h. e. quod tamdiu pro *regula* ſit præſumtio, donec *exceptio* probata fuerit. Occurrit ergo hic quædam colliſio præſumtionum, vbi fortior excludit debiliorem. Præſumtio pro *regula* in primis fundata eſt in *iure Longobardico*, quod *feuda oblata* tamen ignorat, et ſic ad illud hæc feuda, immo etiam cetera Germaniæ vnice æſtimari nequeunt, ſed

(II) Quod in genere quæuis feuda propria præſumantur.

potius

potius 1) ad *tenorem inueſtituræ*, 2) ad *conſuetudinem*, et denique 3) in ſubſidium demum ad *ius Longobardicum* eſt reſpiciendum, vt recte cenſuit THVMMERMVT *cit. tr. p. 11. n. 7.* Conſuetudinem autem in his feudis longe ab hac regula recedere, ex ſpecialibus circumſtantiis §. *anteced.* obſeruaui, quæ fortior eſt, quam præſumtio pro regula, in *iure peregrino* et a moribus Germaniæ maxime recedente, fundata. Vlterius (III) obiiciunt, irregularitatem in feudis eccleſiaſticis vnice eſſe *conſuetudinem particularem* quarundam diœceſium, quæ ad alias æque extendi nequit, præſertim cum exempla feudorum eccleſiaſticorum propriorum in contrarium adſint. Enim vero naturale eſt, vt, cum exemplis plerorumque Germaniæ Epiſcopatuum conſtet, feuda hæc eſſe *impropria*, conſuetudo quoque talis generales rationes habere debeat, vnde orta ſit, quæ illæ ipſæ ſunt, quæ §. *anteced.* allegatæ fuerunt. Si quæ ſunt in contrarium exempla, pauciora ſunt et rariora, ex quibus præſumtio in contrarium capi nequit. Immo admodum probabile eſt, feudorum eccleſiaſticorum naturam *impropriam* in nonnullis locis immutatam fuiſſe ex nimio *iuris Longobardici* amore, cuius in controuerſiis feudalibus olim ſæpe magis rationem habuerunt, quam morum antiquorum, vnde tot confuſiones ſunt ortæ; Præterea etiam quædam feuda eccleſiaſtica vt Treuirenſia, ex ſpeciali Imperatorum priuilegio vel etiam pacto naturam propriam acceperunt, quod indicium præbet, ea diuerſam olim habuiſſe naturam. SANDE *cit. l. n.* 53. Denique (IV) vrgeri poſſet, non omnia feuda eccleſiaſtica eſſe oblata, cum etiam aliis titulis collata eſſe potuerint, prout *cap. I.* obſeruatum eſt. Verum nec hoc præſumtionem tollit, quam hic defen-

(III) Quod improprietas in quibuſdam feudis eccleſiaſticis vnice debeatur conſuetudini particulari.

(IV) Quod non omnia feuda eccleſ. ſint oblata.

Digitized by Google

defendo; neque enim aſſero, omnia feuda eccleſiaſtica *eſſe* impropria, ſed tantum *praeſumi* impropria, donec contrarium probatum fuerit. Ipſa conſuetudo, quae ex feudorum eccleſiaſticorum peculiari ratione nata eſt, facile ad quaecunque feuda, etiam non oblata trahi potuit, praeſertim cum conceſſio feudorum ſemper cenſeatur facta ſecundum conſuetudinem eccleſiae, ſeu domini directi KLOCK *cit. conſil. X. n.* 55. adeoque ſi de contrario non conſtat, conſuetudini generali ſtandum eſt. Ceterum in quibus articulis haec feuda a communi feudorum natura abeant, in ſequentibus ſpeciatim exponam, quae tum in *ſucceſſione*, tum in aliis deprehenditur.

An ius Longobardicum cum conſtitutionibus Imperatorum his feudis applicari poſſit?

§. XII. Quamuis vero *feuda eccleſiaſtica* per Germaniam peculiaribus regantur conſuetudinibus, non dubium tamen eſt, quin ad haec feuda *iura communia feudalia*, deficiente conſuetudine ſuo modo applicari poſſint et debeant. Diſputatum hac de re olim fuiſſe docet ROSENTHAL *de feudis cap. I. concl. IX. lit. c. in not.* quod eo minus mirandum eſt, ſi rationes iuris canonici paullo penitius intuemur, quae eccleſiam et clericos non ligari *legibus ciuilibus et conſtitutionibus Principum*, docent. Vnde quidam diſtinguunt, vtrum eccleſia feudum teneat a *laico*, quo caſu *ius feudale commune* obtinere cenſent, an vero laicus feudum ab *eccleſia* recognoſcat, qui caſus huius loci eſt, et hunc non ſubiectum eſſe *iuri communi feudorum*, aiunt. Alii diſtinguunt inter feuda eccleſiis *oblata*, et quae eccleſia primordialiter ex ſuo allodio conceſſit, hac cum diuerſitate, vt illic quidem, non hic, ius commune feudorum obtineat. Verum notandum eſt 1) potiſſimum hic quaeri de *obligatione iuris Longobardici*, et *conſtitutionibus Imperatorum ei ſubiectis*, cuius obſeruantia in feudis eccleſiaſticis eandem

Potiſſimum de obſeruantia iuris Longo-

dem obtinet auctoritatem, quam in feudis ſecularibus, niſi quatenus iuri canonico contrariatur. Vbique autem illud receptum eſt *in ſubſidium*, vt fere magis *illuſtrationis gratia* ad id prouocari ſoleat, quatenus *feuda Germaniæ* a Longobardicis non diſcrepant. Et iura hæc de illis etiam diſponunt. De *oblatis* autem ea non diſponere, infra plenius monebo. Equidem SCHRADERVS *de feudis p. 1. qu. 2.* generatim aſſerit, conſuetudines feudorum, *Longobardicas* ſcilicet, etiam obligare eccleſiam; id tamen ex communi præiudicio facit, quod hæ pro *regula* et *norma omnium feudorum Germaniæ* accipiendæ ſint. E contrario THVMMERMVT *in cit. tr. p. 26. n. 12.* ius Longobardicum nunquam fuiſſe receptum in his feudis, ſed receptionem prius probandam eſſe, immo *feuda eccleſiaſtica* a Longobardicis toto cœlo differre, cenſet, quod quamuis *abſolute* aſſeri nequeat, eo tamen in ſenſu concedi poteſt, quod in his feudis pro *regula* accipi non debeat. Supra iam obſeruaui, præter litteras inueſtituræ primario reſpiciendum eſſe ad *mores feudorum Germaniæ* proprios et cuiuſcunque prouinciæ particulares; præterea ratio primario habenda *naturæ rerum*, quæ *eccleſiaſtica* a *ſecularibus* in plurimis diſtinguit, quæque ex *iuris canonici* principiis potiſſimum æſtimanda eſt. Denique his deficientibus, ad ius Longobardicum *in ſubſidium* recurritur, ſi modo rationes eius ita ſunt comparatæ, vt ad *hæc feuda*, quæ a Longobardicis magnopere diſcrepant, applicari poſſint, quæ ante omnia euoluendæ ſunt, vt ſic non pro *regula primaria* feudorum eccleſiaſticorum, ſed magis pro *exceptione* haberi debeat. Deinde (2) inane eſt dubium, quod ideo conſtitutiones feudales ab Imperatoribus et Principibus latæ, eccleſiam non obligent, quod legibus ciuilibus non ligentur, cum

bardici quaeritur.

hoc ipſum petat id, quod eſt in principio, et maxime per Germaniam olim Imperatores vt CONRADVS SALICVS, HENRICI, LOTHARIVS, FRIDERICVS BARBAROSSA aliique etiam leges *de feudis eccleſiaſticis* dederint, vti tot diplomata euincunt. Eſt etiam eccleſia in republica, et clerici ſubditorum numero cenſendi ſunt, vt plenius euincit COCCEIVS *diſſ. de iuriſdict. in territorio fundata tit. III.* Ergo et legibus iisdem ſubiecti eſſe debent, quod *inter proteſtantes* nullum habet dubium. Immo nec ipſi pontificii de eo adeo dubitant, cum etiam pontifex ad illas prouocet.

CAPVT III.

DE CONSTITVTIONE FEVDORVM ECCLESIASTICORVM.

ARGVMENTVM.

§. I. *Quæ momenta in feudo conſtituendo attendenda?* II. *In conſtituente deſideratur libera diſponendi poteſtas. Imperium Rom. fruſtra pro feudo habuit pontifex. Reſtricta eius poteſtas in bonis eccleſiaſticis infeudandis.* III. *Prælati cum capituli conſenſu conferunt feuda, non requiſito pontificis conſenſu.* IV. *Abſque capituli conſenſu ea conferunt* 1) *vi legitimæ conſuetudinis,* V. 2) *ſi de feudis oblatis conſtituendis agitur:* 3) *vi ſtatuti;* VI. 4) *in caſu neceſſitatis,* 5) *vbi agitur de feudo redintegrando;* VII. VIII. 6) *ſi res ſint in feudum dari ſolitæ.* IX. *Quales illæ dicantur?* X. *Libera prælatorum in his caſibus feudorum conferendorum poteſtas.* XI. *Quando capituli conſenſus ad feudi collationem requiratur?* XII. *An bona menſalia ad eccleſiam reuerſa vel decima rurſus in feudum dari poſſint?* XIII *Capitulo ſede vacante ius reinfeudandi negatur* XIV. *An mediatis prælatis hoc ius competat?* XV. *De conſtitutione Vrbani VIII. in Germania non recepta.*

pta. XVI. Prælatorum ius exſpectatiuas in feudis eccleſiaſticis conferendi. XVII. Exſpectatiuis anteceſſoris non obligatur ſucceſſor in prælatura. XVIII. Obligatur tamen (1) ſi feudi aperti poſſeſſionem iam accepit exſpectatiuarius: (2) ſi exſpectatiua conſenſu capituli data: XIX. (3) ſi exſpectatiuarius, conſentiente poſſeſſore iam in poſſeſſionem feudi immiſſus eſt; XX. XXI. quod de exſpectatiua, per inueſtituram abuſiuam confirmata, intelligendum; XXII. quam imitatur inueſtitura ſimultanea. XXIII. (4) Si exſpectatiua pro tuenda dignitate prælati facta eſt.

§. I.

Legitimæ acquiſitionis feudorum capita.

Inſpecta feudorum eccleſiaſticorum tum *origine*, tum *indole*, ante omnia de eorum legitima *conſtitutione* videndum eſt, vtpote quæ in ſingulis iuris ſpeciebus omne fert punctum. In legitima autem *conſtitutione* et *acquiſitione* iuris cuiuſcunque tum ad *perſonas conſtituentes* et *recipientes*, tum ad *res*, quæ in feudum aliis dantur, tum denique ad *modum* reſpiciendum eſt, quæ tria momenta in hoc capite enucleanda ſunt.

In feudum nemo rem dare poteſt, niſi liberam rerum habeat adminiſtrationem.

§. II. Quemadmodum datio in feudum *alienationis* ſpecies eſt, vt iam olim cenſuit Pontifex *in extrau. ambitioſæ, de rebus eccleſiæ alienandis*, ita in eo, qui rem in feudum dare deſiderat, requiritur, vt *liberam alienandi poteſtatem habeat*, vel alias ex poteſtate ſublimiori de rebus iuribusque diſponere poſſit. Admodum facilis hæc ſententia *in theſi* eſt, ſed impeditior in *applicatione*, cum ſæpe illud ipſum *ius ſublime*, aut *ſuprema diſponendi poteſtas* in dubium vocetur. Notum eſt, Pontificem Romanum ſibi impudenter *dominium directum imperii Romani* tribuere, Cæſaremque *vaſallum* aut *hominem* ſuum olim dixiſſe, indeque vacante imperio vicariatum ſibi attribuiſſe. *vid. c. 34. X. de elect. c. vn. in extrau. Iohannis XXII. ne ſede vacante aliquid innouetur.* Nec hoc adeo mirandum, cum ſe

An papa imperium Romanum in feudum conferat?

olim dominum ſupremum tam in *ſpiritualibus*, quam *temporalibus* iactitauerit, quamuis vſque ad hæc tempora ſe ad cauſſam legitimare haud potuerit, immo ineptiam ſuam tandem HADRIANVS in litteris ad FRIDERICVM I. ſcriptis, fateri coactus fuerit. Cum enim ad arrogantes Pontificis litteras FRIDERICVS hoc modo reſpondiſſet: *cum per electionem Principum a ſolo Deo regnum et imperium noſtrum ſit: quicunque nos imperialem coronam pro beneficio a Domino Papa ſuſcepiſſe dixerit, diuinæ inſtitutioni et doctrinæ* PETRI *contrarius eſt, et mendacii reus erit;* Pontifex alia ſcripta epiſtola, ſe hoc modo purgauit, et *beneficii* appellationem in ſenſu *vulgari*, quatenus *bonum factum* denotat, non in *feudali ſignificatu*, ſe in litteris prioribus accepiſſe, fatetur. *vid.* RADEVICVS *lib. I. de geſt. Friderici I. cap. IX. X. et XXII.* Ceterum quod ad bona eccleſiaſtica attinet, notum eſt, Pontifici fere illimitatam poteſtatem circa illa attribui ſolere, et *dominum omnium beneficiorum* cenſeri, adeoque non tantum patrimonium PETRI, quod vocant, ſed etiam omnium eccleſiarum facultates in feudum pro lubitu concedere poſſe. *vid. c. 2. de præbend. in 6.* SCHRADERVS *de feudis P. IV. cap. II. n. 4.* CRAGIVS *de feudis lib. I. tit. XIII. §. 6.* Immo quamuis in infeudatione bonorum magni momenti, ipſum ad *conſilium Cardinalium* adſtringant, id tamen non tam ex *neceſſitate*, quam ex *regulis prudentiæ et honeſtatis* fieri, plerique aſſerunt, cum bonis eccleſiæ, vt aiunt, etiam pro lubitu abuti poſſit. Verum hos floſculos ſuis relinquimus auctoribus, ſcientes, in pleriſque regnis poteſtatem Pontificis variis modis reſtrictam eſſe, vt tam illimitata poteſtate in infeudandis bonis eccleſiaſticis vti non poſſit. In Germania *concordata nationis germanicæ* hanc facultatem ei ademerunt, ſecun-

An quæuis bona eccleſiaſtica?

An in Germania?

ſecundum quæ tantum *beneficia reſeruata* clericis confert, extra hunc caſum vero neque *directo*, neque per *indirectum, ſub quocunque prætextu* de bonis eccleſiaſticis diſponere poteſt; multo minus ei vllum ius circa bona eccleſiaſtica Proteſtantium ſupereſt per *Inſtr. P. art. V.* §. 19. quippe ſublatum, vel ſuſpenſum.

Immediati prælati feuda eccleſiaſtica non aliter conferunt, quam adhibitis ſolemnibus.

§. III. Ad ceteros Prælatos quod attinet, notandum eſt, eos eſſe vel *immediatos*, vel *mediatos* in Germania, ex qua conſideratione collatio feudorum eccleſiaſticorum quandam patitur differentiam. Illi dicuntur, qui immediate Imperatori et imperio ſubſunt, votumque et ſeſſionem in comitiis habent. Hi maiori libertate circa bona eccleſiaſtica agunt, ac quidem mediati, interim tamen *ſine iuſta cauſſæ cognitione, Capituli conſenſu et decreto*, de bonis eccleſiaſticis diſponere pro lubitu nequeunt, de quo plenius agunt interpretes *ad tit. X. de rebus eccleſiæ alienand. vel non.* Et ſic quoque eadem in feudum dare non poſſunt L. B. de LYNCKER *reſp. II.* HARPPRECHT *reſp. LVII.* ROSENTHAL *de feudis cap. IV. n. 2. et ſqq.* Immo ne quidem ſufficit *cauſſæ cognitio* et *Capituli conſenſus*, ſed præterea etiam Pontificis auctoritas accedere debet iuxta *extrau. ambitioſæ cit.* Verum in Germania hanc non amplius requiri, ipſi Pontificii fatentur. vid. ENGEL *in colleg. iuris canon. ad tit. de rebus eccleſiæ alienand. n. 24.* WIESTNER *in diſſ. de alienat. canon. rerum eccleſiæ temporal. P. II. tit. VII. n. 27.* BARBOSA *P. II. iuris eccleſ. c. XXXII.* Inter proteſtantes idem obſeruat SCHILTER *ad ius feud. Allem. cap. XXVI.* §. 12. et HARPPRECHT *reſponſo LVII. n. 317.* vt adeoque ex defectu conſenſus papalis, ante reformationem forſan omiſſi, infeudatio talis impugnari non poſſit. In diœceſibus proteſtantium Prælati itidem pro lubitu

An Pontificis conſenſus in Germania neceſſarius ſit?

bitu de bonis eccleſiaſticis diſponere nequeunt, ſed ad conſenſum Capituli per *capitulationes* adſtricti ſunt. Præterea quoque nonnunquam conſenſus Capituli non ſufficit, ſed aliorum quoque neceſſarius eſt, vt *aduocatorum* et *patronorum*. Quorum poteſtas ab initio intuitu bonorum eccleſiaſticorum exigua erat; paullatim vires ſumſit maxime circa bonorum eccleſiaſticorum adminiſtrationem, adeo vt in pleriſque eccleſiis citra eius conſenſum nulla rerum eccleſiaſticarum alienatio et ſic nec infeudatio ſuſcipi potuerit, vt pluribus documentis illuſtrat ANTONIVS MATTHAEI *de nobil. lib. II. cap. 29. p. 503.* Quicquid itaque in huiuſmodi negotiis citra *auctoritatem Aduocati* factum erat, id inualidum erat, et ſic nec inueſtitura citra eius conſenſum ſuſcipi poterat, HERTIVS *de iact. ordin. Ciſterc. lib. ſect. III.* §. *18.* quod admodum poſtea Prælatis diſplicuit, qui omnem lapidem mouerunt, vt ſe ab hoc iugo, vel graui ære ſoluto, vel alio modo liberarent. Similiter ſi eccleſia eſt patronata, patroni conſenſus quoque in infeudatione eſt neceſſarius, CRAGIVS *lib. I. feud. c. 13.* §. *7.* cum generatim citra eius conſenſum nulla alienatio rerum eccleſiaſticarum ſuſcipi poſſit.

An aduocatorum?

An patroni?

§. IV. Sed hæc ad *regulam* ſpectant: dantur etiam caſus, in quibus Epiſcopus liberius agit, nec ad *conſenſum Capituli* adſtrictus eſt. Generatim *1. F. 1. pr.* antiqua conſuetudo fundamenti loco ponitur in his rebus infeudandis. Huc ergo (1) pertinet, ſi per *conſuetudinem diuturnam* legitime probatam, ſolemnia conſueta vel in totum, vel pro parte, remiſſa fuerint, quæ teſtibus CARPZOVIO *lib. V. reſponſo LII.* et WESENBECIO *conſil. LIX. in f. et conſil. XCIV. n. 9.* quoad maximam partem remiſſa ſunt, adeoque non dubium eſt, quin etiam in totum remitti poſſint. *c. 6. in f. X. de his quæ fiunt a Præl. ſine conſ.*

Niſi (1) conſuetudo Epiſcopo libertatem infeudandi citra conſenſum capituli conceſſerit.

conſ. Capit. Conf. HARPPRECHT *cit. l. n. 174. et ſqq.* Equidem WIESTNERVS *cit. diſſ. P. II. art. IV. n. 4. et ſqq.* vniuerſalem harum ſolemnitatum abrogationem admitti non poſſe contraria conſuetudine cenſet, ſed ſine ratione ita cenſet. Solemnium horum introductio eſt mere iuris poſitiui, maxime a IVSTINIANO per *Nou. 7.* introducta, et a Pontificibus poſtmodum aucta, qualia quæ ſunt, conſuetudine abrogari poſſunt. Nec hæc *irrationabilis* cenſenda, cum vſque ad tempora IVSTINIANI nulla lege vniuerſali alienatio Epiſcopis interdicta, et in ipſa Romana eccleſia vſque ad SYMACHI Pontificis decretum, *anno 502.* latum, permiſſa fuerit, vt teſtantur acta concilii Romani apud IVSTELLVM et VOELLIVM *in biblioth. antiqua iuris canon. p. 261.* Quod ergo per quinque ſæcula in puriori eccleſia haud *irrationabile* viſum fuit, id quoque conſuetudine introduci poſſe, non ambigitur. Sed rariora forſan huius exempla erunt, quia in pleriſque Capitulis Prælati de bonis non alienandis iurare coguntur, et præterea capitulationibus nouiter electi, admodum conſtringi ſoleant, cum Capitulo interſit, ne bona eccleſiaſtica alienentur. vid. PACIONVS *de locat. et conduct. Cap. XIV. §. 9. n. 31.*

Vel (2) feuda ex oblationibus laicorum ortum trabant.

§. V. Similiter II) Capituli conſenſus haud neceſſarius eſt, ſi feudum eccleſiaſticum non ex bonis eccleſiæ, ſed ex *allodialibus laicorum rebus* naſcitur, per *oblationem ſolennem,* quia talis infeudatio non eſt alienatio, ſed potius dominii directi acquiſitio, in qua nulla deliberatione opus, cum eccleſia damnum non ſentiat. Nec obſtat, quod Prælatus ita breui manu rem eccleſiæ antea donatam, rurſus tradere videatur; in effectu enim hic non adeſt talis alienatio, quæ iure canonico prohibita eſt, ſed multo magis commendata, laudata, appro-

bata.

bata. E contrario Capituli conſenſus neceſſarius foret, ſi Prælatus bona eccleſiarum immobilia alteri in feudum offerre vellet *cap. fin. de bonis eccleſ. alienand. in 6.* in qua oblatione translatio dominii directi in alterum continetur. Multo minus III) conſenſus Capituli neceſſarius eſt, quando ex ſtatuto Capituli Prælatus res quaſdam in feudum aliis dare tenetur. Sic in *ſtatuto Monaſterienſi* prouiſum conſtitutumque Prælatum ne quidem adiudicata et aperta feuda maſculina retinere poſſe, his verbis: und ſoll der keines behalten, ſie wären denn ihr F. G. zuerkennet durch ihre Mannſchaft, und alsdenn ſoll er die nit behalten länger denn Jahr und Tag, und woſern innwendig der Zeit niemand von denen Blutsfreunden Männlicher oder Weiblicher Gebauer erſchienen wie ſie ſollen, ſo ſollen ihre F. Gn. die Güter verleihen etwan einer tüchtigen Perſohn, und die keiner Weiſe behalten, noch ihren Tafel zueignen. Cum ſecundum hoc ſtatutum infeudatio ſit *neceſſitatis*, et Prælato imperata, fruſtra ſolemnitates canonicæ exiguntur, cum de ipſa cauſſa alienandi nullus iniici poſſit ſcrupulus. Interim nihilominus *Decani et Capituli conſenſus* ſpeciatim *in ſtatuto cit.* deſideratur, vt *affectio Epiſcopi erga ſuos conſanguineos refrenaretur, et induſtriæ perſonarum, quibus maiora feuda concedenda ſunt, ratio haberetur,* vt verba IOHANNIS A SANDE *in comment. in conſuetud. Gel. feud. tit. III. cap. I. §. 7. n. 86.* mea faciam.

Vel 3) ad infeudandum obligatur ex ſtatuto capituli.

§. VI. Addunt IV) etiam hunc caſum, ſi neceſſitas eccleſiæ præſentiſſimam infeudationem vrgeat, vt abſque damno et detrimento eccleſiæ differri non poſſit, quod *neceſſitas* legi non ſit ſubiecta, KLOCK *tom. IV. conſil. 79. n. 212.* SCHRADER *P. IV. cap. II. n. 14.* vel potius, quia ſi neceſſitas notoria et manifeſta eſt, fruſtra cauſſæ cognitio deſuper inſtituitur, quæ tantum

Vel 4) neceſſitas præſens infeudationem deſideret.

tum *in re dubia* deſideratur. Nam cauſſæ cognitio et conſenſus Capituli tantum eſt propter *iuſtam cauſſam*, de qua ſi aliunde ſatis conſtat, fruſtra defectus mediorum allegatur. Idem tamen non admittit SCHRADERVS *cit. l. n. 13.* in caſu, ſi inueſtitura de nouo feudo ſit coniuncta cum *manifeſta vtilitate* ecclesiæ, vel etiam ſi Prælatus inueſtiens paratus ſit eccleſiæ de bonis ſuis patrimonialibus aliam rem immobilem æque bonam reddere, de quo tamen dubito. Poſteriori enim caſu eccleſia nullum ſentit damnum, ad quod præcauendum tantum ſolemnitates canonicæ inuentæ ſunt, et priori caſu itidem manifeſta eſt *iuſta* alienandi *cauſſa*, vt cauſſæ cognitio cum decreto fruſtranea ſit arg. *l. 8. §. 6. de tranſact.* HARPPRECHT *reſponſo LVII. n. 290. et ſqq.* ALEXANDER RAVDENSIS *de analogia cap. XXXVIII. n. 31.* Hoc ipſum eo magis in infeudatione admittendum, cum per eam minus quam per *ſimplicem alienationem* eccleſiæ præiudicetur, et ſpes ſuperſit, aliquando rem talem ad eccleſiam reuerſuram eſſe, vt ipſe fatetur SCHRADER *cit. l. n. 10.* Huc pertinet, ſi res alias eccleſiæ oneroſæ et non adeo cultæ iis in feudum dantur, qui illas ad culturam reducere ſatagunt. Similiter, ſi *feudum eccleſiaſticum* alienatum eſt, quod non facile per Prælatum recuperari poteſt, qui illud laico in feudum concedere non prohibetur ad effectum, vt illud *ſuis expenſis* recuperet, et in feudum per eccleſiam recognoſcat, *cum ita ipſa eccleſia per hunc illud rehabeat*, vt dicitur *in c. 2. in fin. X. de feudis.* Multo minus V) ſolemnitas eſt neceſſaria, ſi antea res eccleſiaſtica legitime in feudum eſt data, de cuius *redintegratione* poſtea tantum agitur, ne alioquin vaſallus a Prælato decipiatur *c. 5. X. de donat.*

Vel vtilitas.

5) *Si tantum feudum redintegrandum.*

6) Si res in feudum dari ſolita.

§. VII. Potiſſimum vero VI) huc pertinet, *ſi rem in feudum dari ſolitam*, et ad eccleſiam reuerſam, de nouo alicui in feudum Prælatus concedere velit, quod ipſum ſine ſolemnibus canonicis fieri poſſe, colligunt ex *c. 2. X. de feudis vid.* SCHRADERVS *de feudis P. IV. cap. II. n. 16. et ſqq.* WIESTNER *ad ius can. tit. de feud. n. 22. et ſqq.* CRAGIVS *de feudis, lib. I. tit. XIII. §. 13.* ROSENTHAL *de feudis cap. IV. concluſ. 21.* STRVVIVS *in S. I. F. cap. V. aph. 9. n. 2.* Veterum hæc aſſertio ſcrupulo non caret. Nam *in cit. c. 2.* Pontifex conſultus fuerat ab Archiepiſcopo Mediolanenſi, qui iuramento ſe adſtrinxerat, *Romano Pontifice inconſulto*, ſe nullam rem in feudum daturum eſſe, vtrum etiam hoc iuramentum ad eum caſum trahendum ſit, ſi vaſallo defuncto feudum ad ipſum rediiſſet? Non ergo quæſtio fuit, vtrum *ſine conſenſu Capituli* et *decreto*, ſed tantum an *inconſulto Pontifice*, illud de nouo in feudum concedi poſſet? Reſpondit Pontifex hoc modo: *in primo caſu feudum decedentis libere, ſi videris expedire, concedas:* Iuſtam hic cauſſam requirit Pontifex in verbis *ſi videris expedire*, de quo ipſemet iuxta *c. 4. et 5. X. de his, quæ fiunt a Prælato ſine conſenſ. Capit.* ſolus decernere nequit, cum in omnibus *grauioribus negotiis* conſenſum Capituli requirere debeat. Noua præterea lux huic textui accedit *2. F. 35.* vbi dicitur: *et ideo ſciendum eſt, Archiepiſcopum Mediolanenſem non poſſe dare in feudum, quod tempore introitus ſui in dominico*, h. e. patrimonio eccleſiæ, *inuenerit: ſed ſi ei poſtea feudum aperiatur, ipſum recte dabit.* Dubitabat ergo Archiepiſcopus, an quia feudum, tempore anteceſſoris ad eccleſiam reuerſum, inconſulto Pontifice de nouo alicui concedere non poſſit, hoc etiam extendi debeat ad eum caſum, quo ipſo ſedente feudum eccleſiæ apertum ſit, quod in

Cuius rationes dubitandi adferuntur.

in vtroque textu negatur, de modo vero infeudandi nihil adiungitur.

Rationes decidendi, quibus hæc exceptio defendi poteſt.

§. VIII. Verum pro ſententia communi recte vrgent (1) quod *2. F. 35. in f.* generatim omnibus Epiſcopis hæc poteſtas indulta ſit: his verbis: *profecto alii Epiſcopi et clerici ea, quæ in dominico habent, et feuda his aperta olim dederint et hodie dant.* Equidem regeri poſſet, quod etiam obſeruat CRAGIVS *de feudis lib. I. tit. XIII. §. 14.* hoc ipſo *conſenſum capituli* minime excludi, vtpote quod Epiſcopo ab antiquiſſimis temporibus inſtar *ſenatus eccleſiaſtici* conſtitutum eſt. Aſt hic conſenſus tantum de *neceſſitate* eſt, vbi agitur de alienatione *prohibita*, non vero, quando *libere* Prælato permiſſa, prout in caſu præſenti expeditum eſt. Immo quamuis *in c. 4. et 5. X. de his quæ fiunt a Prælat.* conſilium Capituli in genere in *negotiis eccleſiaſticis* deſideretur, illud tamen per ſe Prælatum non obligat, nec eius defectus actum vitiat, quod ſecus eſt, vbi conſenſus Capituli, vt in alienatione *prohibita*, abſolute neceſſarius eſt. (2) Præterea pro declaratione huius ſententiæ ſingularis exceptio de Archiepiſcopo Mediolanenſi in *cit. textu* adducitur, quæ in contrarium eo magis regulam firmat. (3) Eccleſia ex tali alienatione non adeo detrimentum capit, maxime cum bona talia, ad eccleſiam reuerſa, prout ſupra dictum eſt, ex *oblationibus nobilium* vtplurimum orta ſint, vt æquum videtur, illa rurſus aliis nobilibus in feudum concedere. Magis liberalitas nobilium erga eccleſiam impediretur, quam prouocaretur, ſi exploratum haberent, bona ſua in caſum aperturæ ab eccleſia de nouo aliis nobilibus concedi haud poſſe, quæ ratio ſine dubio INNOCENTIVM III. induxit, vt *liberam inueſtiendi facultatem* Epiſcopis conceſſerit: immo hæc eadem ratio quoque Capitu-

lis quibuſdam anſam dedit, conſtringendi ſolemni pacto Prælatos, vt aperta feuda rurſus habilibus conferrent. Conf. HARPPRECHT *reſponſo LVII. n. 176.* His (4) accedit notoria Germaniæ conſuetudo, de qua teſtatur GAILIVS *lib. II. Obſ. 161. n. 4.* quæ eo maius pondus habet, quod ne quidem in aliis alienationibus, qua magis eccleſiæ præiudicant, tam ſtricte ſcrupuloſis iuris canonici ſolemnitatibus inſiſtatur, vt plenius demonſtrat HARPPRECHT *cit. l. n. 294.*

Quænam res dicantur in feudum dari ſolitæ.

§. IX. Quænam autem res dicantur *in feudum dari ſolitæ,* admodum fluctuant interpretes, vt liquet ex traditis STRVVII *in obſeruat. feudal. ad cap. V. §. 3.* SCHRADERI *de feudis P. IV. cap. II. n. 25.* WIESTNERI *ad tit. X. de feud. n. 26. ſqq.* ROSENTHALII *cap. IV. de feudis concl. 29. ſqq.* aliorumque. Id generatim ex *c. 2. X. de feudis* et *2. F. 35.* liquet, ſupponendum hic caſum eſſe feudi eccleſiæ aperti, et ad eam reuerſi. Hoc in primis contingit (1) ſi feuda talia olim eccleſiis *oblata* ſunt, atque cum hac *primordiali qualitate* in eccleſiam translata ſunt, vt in feudum ab eccleſia recognoſcerentur, de quo caſu nullum eſt dubium. (2) Si feudum ex patrimonio eccleſiæ olim ſolemniter datum, et valide ita alienatum eſt, quippe quod in eam cauſſam hoc ipſo iam peruenit, vt in feudum dari ſolitum ſit, quocunque demum tempore a vaſallo poſſeſſum fuerit: neque enim, quod plerique interpretes contendunt, hic de *conſuetudine infeudandi* quæſtio vertitur de *quibuſcunque* bonis eccleſiaſticis, ſed de *re ſpeciali* in feudum dari ſolita, circa quam in citatis textibus nihil vlterius deſideratur, quam vt olim in feudum legitime data, et poſtea ad eccleſiam reuerſa ſit. (3) Ex accidente contingere poteſt, vt hic lapſus annorum deſideretur, ſi in prima infeudatione defectus quidam occurrat, qui de-

demum per lapſum *40. annorum* tollitur, et eccleſia a reuocatione feudi excluditur. Valida hoc modo fit prima inueſtitura, et ita poſt hoc tempus res fit infeudari ſolita, vt recte obſeruat WIESTNERVS *cit. l. n. 28.* Equidem SCHRADERVS *cit. l.* arbitratur, talem rem *in feudum dari ſolitam* non antea dici poſſe, niſi, poſt primam conceſſionem, tantum temporis præterierit, cuius in contrarium memoria non exſtat. Verum cum contra eccleſiam 40. annorum præſcriptio ſufficiat, id non aliter admittendum cenſeo, quam ſi bona menſalia ſine adhibitis ſolemnitatibus olim in feudum conceſſa ſunt, quæ demum *præſcriptionem immemorialem* requirunt L. B. de LYNCKER *reſp. II. n.* 143. *et* 157. REDOANVS *de rebus eccleſ. non alienand. III. n.* 31. Equidem qui antiquitatem temporis in genere hic deſiderant, confugiunt ad *extrau. ambitioſæ, de rebus eccleſ. non alienand.* vbi res eccleſiæ alienari prohibentur, addita hac clauſula: *præterquam in caſibus a iure permiſſis ac de rebus et bonis in emphyteuſin* AB ANTIQVO *concedi ſolitis.* Aſt enim vero contextus aperte docet, clauſulam hanc ad *ſolam emphyteuſin* reſtringi, in qua hæc peculiaris ratio eſt, quod olim terræ incultæ ab eccleſia in hunc finem emphyteutis conceſſæ ſint, vt ad culturam reducerentur, quod non poteſt non *temporis vetuſtatem* requirere, ſine qua ad culturam redigi non poſſunt, quod tamen ad infeudationem minus neceſſarium eſt, nec in *c. 2. X. de feud.* vt et 2. *F.* 35. præſupponitur.

Ad lapſum annorum hic minime reſpiciendum.

§. X. Ex quo fluit, (I) adeo libere Epiſcopum talia feuda aperta conferre poſſe, vt etiam conſanguineis ſuis illa conferre non prohibeatur; *cit. c.* 2. *X. de feudis* SCHRADERVS *cit. l. n* 18. (II) nec impediri, quo minus ea Capitulo ſuo in feudum det. Negat hoc ROSENTHAL *cap. IV.* §. 35. et

Talia feuda prælatus etiam conſanguineis confert;

etiam Capitulo.

et cum eo HARPPRECHT *reſp. 66. n. 65.* ex ea cauſſa, quod Epiſcopus abſque conſenſu Capituli ſui reinfeudandi quidem licentiam habeat, verum non aliter, quam ſi id modo hactenus conſueto faciat, adeoque conditionem eccleſiæ duriorem reddere non poſſit, quod tamen hoc caſu fieri videtur, cum nulla ſuperſit ſpes, vt menſæ Prælati vnquam aperiantur. Verum cum alias ne quidem totalis alienatio ab vna eccleſia in aliam, in eadem diœceſi ſitam, ob defectum conſenſus ſuperioris impugnari poſſit, multo minus talis inueſtitura, quæ Prælato integra fuit, improbari poterit, præſertim cum bona talia ex patrimonio eccleſiæ haud abeant, quod vnice leges eccleſiaſticæ præcauere voluerunt. (III) Poſſe Prælatum feudum *maſculinum* ad ipſum reuerſum, iure feudi *promiſcui* de nouo alteri concedere, vel alia pacta adiicere, quibus receditur a prima inueſtitura. Rurſus hic plerique diſſentiunt, vt KLOCKIVS *tom. III. conſil. CCL. n.* 154. SCHRADER *de feud. P. II. cap. III.* §. 74. HARPPRECHT *cit. l. n.* 66. ROSENTHAL *cap. IV, concl. XXXVII. n.* 2. adeo, vt ſi *durior conditio* adiecta fuerit poſteriori inueſtituræ, illa ipſa pro non adiecta haberi debeat, ſed inueſtitura tantum ſubſiſtat, quatenus ſecundum *primam* compoſita eſt, qua in re vtuntur tum argumento ab *emphyteuſi* deducto, tum etiam communi iuris ratione, quod prælatus in præiudicium eccleſiæ nihil noui conſtituere valeat. Verum cum Prælatus in rebus infeudari ſolitis plus poſſit, quam quod ei hactenus negatum eſt, rem ſcilicet de nouo alicui in feudum dare, non apparet ratio, quare ipſi, quod minus eſt, denegandum ſit. Plus autem eſſe, feudum eccleſiæ apertum, et ad patrimonium eius reuerſum, de nouo alteri in feudum concedere, nemo in dubium

Et mutata forma prioris inueſtituræ.

bium vocabit, et cum ipſi *generatim* et *libere* facultas *reinfeudandi* conceſſa, nec vllo modo reſtricta ſit, merito a communi ſententia recedendum eſt. Immo ipſi diſſentientes non adeo a noſtra recedere videntur ſententia, quando id fieri poſſe concedunt, ſi *iuſta* et *rationabilis cauſſa* id permittat, vtpote ſi ob bene merita vaſalli noui pacta noua inueſtituræ adiecta ſint. SCHRADER *de feud. P. IV. cap. II. n.* 22. STRYKIVS *diſſ. de bene meritis cap. IV. n.* 44. TIRAQVELLVS *ad legem, ſi vnquam C. de reuocand. donat. n.* 28. HARPPRECHT *cit. l. n.* 86. Neque enim facile continget, vt feudum tale apertum ſine præcedentibus meritis, vel alia cauſſa rationabili alicui concedatur, adeo vt NICOLAVS MOZZIVS *in tr. de feudis tit. de his qui feudum dare poſſunt p.* 61. *n.* 9. ſufficere exiſtimet, *bene merita, ſeruitia, et amorem* eius, cuius filia inueſtitur, et *cuius amor et memoria in filiæ quoque vtilitatem merito exuberat*, vt verba MOZZII faciam mea, quod plenius illuſtrat HARPPRECHT *cit. l. n.* 146. *et n.* 179. Eadem ex ratione (IV) ſequitur, vt etiam *iure veteris feudi*, feudum apertum alicui concedere poſſit. Quid enim refert, vtrum vaſallo pluribus filiis, et ſic ſpe longæ poſteritatis, inſtructo, feudum conceſſerit, an vero illi, qui non niſi vnicum filium, duosque fratres habet, ad quos hoc modo inueſtitura extenſa eſt, cum æque facile in hoc, quam in illo caſu ad eccleſiam reuerti poſſit? Illud ſane mirandum eſt, ROSENTHALIVM *cap. II. concl. XIV.* adeo hoc in dubium vocaſſe, vt ne quidem *conſenſu Capituli* id effici poſſe crediderit, ex ea ratione, quod Prælatus cum capitulo feudi naturam mutare nequeat, niſi adſint ſolemnitates ad alienandum requiſitæ, quod tamen petit id, quod eſt in principio. Aſſerunt omnes, in tali reinfeudatione non

Et nouo feudo qualitatem veteris addendo.

tam

tam nouam et veram eſſe *alienationem*, quam primae iam ſolemniter factae *continuationem*, HARPPRECHT *cit. l. n.* 55. immo in *c.* 2. *X. de feud.* expreſſe aſſeritur, rem talem ad eccleſiam reuerſam *libere* a Praelato rurſus in feudum dari poſſe: quidni ergo etiam ita de nouo concedere poſſet, vt iure *feudi antiqui* vaſallus illam poſſideat, praeſertim cum tot exceptiones ſubiungant, ſub quibus facile etiam, ſtante ſententia diſſentientium, haec conceſſio fieri poſſit.

Conſenſus capituli deſideratur ſi collatio ſimul ad capitulum ſpectat; Vel menſae epiſcopi res iam incorporata eſt;

§. XI. Quandoque tamen ex *accidente* Capituli conſenſus neceſſarius eſt: 1) ſi collatio feudi ad Capitulum et Epiſcopum ſimul ſpectat, id quod etiam in aliis beneficiis eccleſiaſticis obtinet: 2) ſi res ad eccleſiam reuerſa menſae Epiſcopi incorporata fuerit, quo ipſo adeo primam ſuam naturam amiſit, vt iure ceterorum bonorum eccleſiaſticorum cenſeri debeat, adeoque in poſterum ſine ſolemnibus conſuetis de nouo in feudum concedi nequeat. ROSENTHAL *de feud. cap. IV. concl. XXXIII.* Non aliter autem haec *incorporatio* facta cenſetur, quam ſi expreſſa declaratione et deſtinatione menſae Epiſcopi applicata, vel diuturno vſu ad claſſem bonorum menſalium tracta, atque in libros, in quibus bona menſalia deſcripta ſunt, relata fuerint. Neque enim pro *incorporatis* ſtatim haberi poſſunt, quae ab anteceſſore, quo ſedente eccleſiae aperta ſunt, retenta, et fructus inde percepti fuerint, vel quod Praelatus ad aliquot annos fructus ſibi reſeruauerit, ſuosque fecerit, vt conſtat ex *c.* 8. *de rebus eccleſ. alienand. vel non* et 2. *F.* 35. *in f.* cum inde *deſtinatio ad perpetuum vſum menſae* certo colligi non poſſit, et forſan aliunde noua inueſtitura impediri potuerit. 3) Si *ſtatuto Capituli* expreſſe cautum eſt, vt ſine conſenſu eius de nouo in feudum non detur,

Vel ſtatutum conſenſum requirit;

tur, ad quod vtplurimum Prælati per capitulationes conſtringuntur. WIESTNER *ad tit. de feud. n. 82.* 4) Si eccleſia ad eam indigentiam ex publicis calamitatibus redacta eſt, vt admodum damnoſa hæc reinfeudatio videatur, quorſum reſpexit Pontifex in *c. 2. X. de feud. in f.* ibi: *ſi videris expedire.* Quamuis enim ſoli Prælato de eo regulariter arbitrium relictum ſit, non dubium tamen eſt, quin Capitulum contradicere poſſit, ſi in apertiſſimum detrimentum eccleſiæ Epiſcopus aliquid attentare auſus fuerit. TAMBVRINVS *tom. III. de iure Abbat. diſp. XIV. qu. 7. n. 4.*

Vel indigentia eccleſiæ reinfeudationi reſiſtat.

§. XII. Præterea ſingulariter excipiunt interpretes *bona menſalia*, olim in feudum quidem legitime data, ſed poſteà ad eccleſiam reuerſa, vt et *decimas eccleſiæ apertas*, quarum reinfeudationem adeo Prælato interdictam eſſe cenſent, vt ne quidem adhibitis ſolemnibus rurſus in feudum dari poſſint, ſed accedere præterea debeat conſenſus Pontificis. vid. CRAGIVS *lib. I. de feud. tit. XIII.* §. 13. *et* 14. L. B. de LYNCKER *reſp. II.* ROSENTHAL *de feud. cap. IV. concl. XXVII.* Bona menſalia quod concernit, communiter prouocant ad 1 *F. 6. pr.* vbi refertur VRBANI II. decretum, ne tituli in feudum dentur, cuius hiſtoria *cap. I.* relata eſt. Liquet ex eius circumſtantiis, ibi actum fuiſſe de reuocandis *eccleſiis et decimis*, quæ ſecundum morem illius temporis *promiſcue*, et *ſine vrgente aliqua neceſſitate*, a laicis *iure beneficiario* poſſidebantur, adeo, vt ordinarii eccleſiarum paſtores vix haberent, vnde viuerent, et hac de cauſſa inertes, famelici, et ieiuni paſtores ſæpe eccleſiis eſſent præponendi. Minime ergo hoc decretum adeo extendendum eſt, vt etiam illa bona menſalia, quæ olim *legitime* in feudum data, et ſic *infeudari ſolita* facta

An bona menſalia ad eccleſiam reuerſa reinfeudari poſſint?

ſunt, quibusque hodie eccleſia carere poteſt, complectatur; quodſi enim eccleſia his bonis reuerſis indigeat, aliunde reinfeudatio impeditur. Accedit, quod reſpectum priorem, quem ante infeudationem habuerunt, ſemel amiſerint, per infeudationem *menſalia* eſſe deſierint, et in claſſem ceterorum bonorum alienatorum redierint. Apprime hac de re loquitur HARPPRECHT *reſp. LVII. n.* 88. *bona menſalia*, aiens, *accedente canonica ſolemnitate, etiam ob vnicam infeudationem, qualitatem, et naturam bonorum menſalium in totum amittere, tum ex eo, quod res alienari prohibita ſemel alienabilis facta, talis maneat perpetuo; tum ex illo, quod bonis ſemel in feudum datis non detur illorum reinfeudatio, ſed potius prioris infeudationis executio tantum, liquet.* Conf. NICOLAVS EBERHARDVS *vol. II. conſil. XIX. n.* 6. *ſqq.* NICOLAVS RODOANVS *de rebus eccleſ. non alienand. p.* 362. *ſqq.* BARBOSA *de officio et poteſt. Epiſcopi P. III. alleg.* 95. *n.* 29. Ad *decimas* quod attinet, conſtat, quod clerici ex ſacerdotio V. T. illas ſibi appropriauerint, quæ tamen iiſdem occaſionibus, quibus bona cetera eccleſiaſtica olim *iure beneficiario* laicis conceſſa ſunt; in manus laicorum *iure feudi* prouenerunt, quas ex profeſſo illuſtrat ANTONIVS DADINVS ALTESERRA *de origine feud. c. V.* Pro his reducendis, æque ac pro aliis eccleſiæ bonis admodum ſolliciti fuerunt Pontifices, maxime in concilio Lateranenſi, relato in *c.* 19. *et c. vlt. de decimis*, quo prohibitum, ne laicis decimæ, tanquam *res ſpirituales*, in feudum darentur; vnde eas excipiunt, quæ ante hoc concilium in feudum datæ fuerunt, quas, ad eccleſiam reuerſas, rurſus infeudari ſine ſolemnibus poſſe, tradit ROSENTHAL *cap. IV. concl. XXVII.* Quis vero legitime demonſtrabit, decimas ante concilium

An decimæ ad eccleſiam reuerſa.

cilium Lateranenſe in feudum iam dari ſolitas fuiſſe? quod quidem ex immemoriali poſſeſſione ROSENTHAL *concl. XXVIII.* præſumendum eſſe putat, et admitti etiam poteſt ex eo, quod contrarium probari non poſſit, non tamen ad hunc vnicum caſum reſpiciendum eſt. Quodſi enim *decimæ* olim legitime et iuſta de cauſſa in feudum datæ ſunt, naturam hanc peculiarem induerunt, vt in poſterum quoque in feudum dari poſſint. Nec concilium Lateranenſe iuſtam alienationis cauſſam excludit, ſed tantum, quæ olim frequens fuit, *temerariam* et *promiſcuam* inueſtituram decimarum coercuit. Neque enim *decimarum*, et *bonorum menſalium*, aliarumque rerum eccleſiaſticarum diuerſa eſt ratio: æque hæ dicuntur *res ſpirituales, et Deo conſecratæ*, ex mente Dd. Romanæ eccleſiæ, ac quidem *decimæ*, et tamen ſi in feudum dari ſolitæ ſunt laicis, de nouo aliis quoque concedi poſſunt. Quidni ergo idem iudicium de *decimis* ferendum eſt, quæ ideo laicis conferri prohibentur, quod ſint *res ſpirituales*, quales tamen etiam cetera bona eccleſiaſtica cenſentur. Equidem inter proteſtantes hoc nullam habet dubitandi rationem, ſed tamen quin etiam inter catholicos idem recte defendi poſſit, ex adductis rationibus exiſtimo.

§. XIII. Non eadem poteſtas circa *reinfeudationem* Capitulo, ſede vacante, competit, quæ Prælato conceſſa eſt. Equidem Capitulum, ſede vacante, ipſo iure in *adminiſtrationem bonorum, et exercitium iuriſdictionis* ſuccedit, et ad comitia imperii publica euocatur per *inſtr. P. art. V.* §. 21. ceteraque iura territorialia exercet. Conf. *inſtr. P. art. V.* §. 17. FERMOSINVS *de poteſt. Capituli ſede vacante cap. I. ſqq.* BRVNNEMANNVS *conſil. CXXV. n.* 142. *et conſil. CXXVI. n.* 106; non tamen *exercitium* prorſus *liberum* conſequitur, ſed *limitatum* et

Capitulum ſede vacante ius reinfeudandi non habet.

reſtrictum, cum nihil innouare, nec præbendas vacantes rurſus conferre poſſit per *c.* 1. *et* 2. X. *ne ſede vacante aliquid innouet*. Eadem eſt ratio feudorum eccleſiaſticorum, ad collationem Epiſcopi ſpectantium, et ſede vacante apertorum, quippe quæ ſimilem fere naturam cum *beneficiis eccleſiaſticis*, clericis conferendis, habent, vt *cap. I.* oſtenſum eſt. Si enim ne quidem Capitulum, ſede vacante, beneficia eccleſiaſtica vacantia rurſus conferre poteſt, quæ tamen neceſſario aliis rurſus conferenda ſunt, et in quorum dilatione non leue incommodum eccleſiis obuenire poteſt; multo minus feuda eccleſiaſtica, ſede vacante aperta, aliis laicis rurſus conferre poteſt, quod mere *arbitrarium* eſt, et facile differri, et Prælati nouiter electi arbitrio relinqui poteſt. Conf. CRAGIVS *cit. l.* §. 12. ENGELIVS *ad tit.* X. *de feud n.* 4. Equidem STRVVIVS *in S. I. F. cap. V. aph.* 9. *n.* 6. vrget, nihil hoc caſu Capitulum innouare, ſi res ſit infeudari ſolita, quia id facit, quod Epiſcopus facere debebat. Verum hæc ratio quoque ad *collationem præbendarum* applicari poſſet, ſi concludens eſſet, præſertim cum Epiſcopus haud debeat præciſe talia bona rurſus aliis in feudum dare, ſed hoc ipſius arbitrio relictum ſit. Alii, vt RITTERSHVSIVS *lib.* 1. *de feud. c. V. qu.* II. et ROSENTHAL *c. IV. concl. XXVI.* id quidem admittunt in *capitulis cathedralibus*, non vero in *eccleſiarum inferiorum capitulis*, quibus, ſede vacante, reinfeudationem concedunt. Verum rurſus quæſtio ſupereſt, an hoc ius in Capitulum vel collegium tranſeat? quod ex adductis rationibus corruit. Neque enim poteſt plus tranſire in collegium inferioris eccleſiæ, Prælato defuncto, quam alias tranſit in Capitulum eccleſiæ cathedralis. Hoc ſane planum manifeſtumque eſt, poſſe Capitulum illa rurſus aliis conferre, ſi ſpecia-

tim

tim ad *menſam* capituli ſpectant, cum etiam ſede non vacante, inueſtitura hæc capitulo competit. SCHRADER *de feud. P. IV. cap. II. n. 32.* WIESTNER *ad tit. de feud. n. 30.* Quin etiam ſicuti nonnunquam collatio præbendarum, ita quoque collatio feudorum ad Epiſcopum et Capitulum *coniunctim* pertinet, quo caſu ſede vacante capitulo ius reinfeudandi competit: viuente autem Prælato, Capitulum ſolum id exercere nequit. vid. *c. vn. ne ſede vacante in 6.* In dubium quidem hoc vocat WIESTNER *cit. l. n. 31.* quod ex *cit. c. vn.* argumentum legitime ad feuda trahi non poſſit, quam ſententiam etiam tuetur SCHRADER. Vterque tamen ſolidam diuerſitatis rationem non adfert, quæ eo magis hic deſideratur, quod collatio *præbendarum et feudorum* ex vno eodemque fonte deduci debeat, niſi forſan collatio primario ſoli Epiſcopo debeatur, et *conſilium* vel *aſſenſum* Capituli tantum expetere teneatur, quem caſum ipſe Pontifex in *c. vn.* excipit.

Niſi ad menſam capituli feudum apertum ſpectet.

Vel coniunctim cum Epiſcopo.

§. XIV. Eandem poteſtatem non habent *eccleſiæ mediatæ*, earumque rectores. Quamuis enim *1. F. 1.* Abbatibus, Abbatiſſis, et Præpoſitis, facultas feudum dandi indulta ſit, *ſi antiquitus conſuetudo eorum fuerit feudum dare;* id tamen tantum inde colligi poteſt, reinfeudationem eſſe in rebus, ab antiquo in feudum a monaſterio dari ſolitis, permiſſam. Diuerſa eſt ratio, ſi feudum prorſus *nouum* in bonis monaſterii conſtituendum, quod *ſine conſenſu Epiſcopi*, in cuius diœceſi monaſterium ſitum eſt, fieri nequit, ſi vel maxime cauſſæ cognitio, conſenſus totius conuentus, aliaque ſolemnia acceſſerint, TAMBVRINVS *de iure Abbat. tom. III. diſp. XIV. qu. 4. n. 4. et ſqq.* cum omnis alienatio *eccleſiis mediatis* interdicta ſit ſine conſenſu Epiſcopi. Conf. CRAGIVS *lib. I. feud. tit. XIII. §. 10. et §. 13.* Patroni

An mediati prælati ius conferendi feuda habeant.

troni conſenſus non ſufficit, cuius auſpiciis nulla ſuſcipi poteſt alienatio, quamuis in Anglia et Scotia, teſte CRAGIO *cit. l.* §. *13.* aliud receptum ſit. Denique reliquarum eccleſiarum paſtores et clerici, idem ius habere videntur circa feuda, ad ſalarium eorum ſpectantia, et quæ ab antiquo a parocho in feudum conceſſa fuerint, tum quia *vi officii paſtoralis*, nomine eccleſiæ, dominium directum hactenus exercuerunt, laudemia perceperunt, inueſtiturasque fecerunt, tum etiam, quia nihil noui faciunt, qui eo iure, quo hactenus bona penes eccleſiam fuerunt, in poſterum quoque vtuntur.

Vrbanus VIII. hæc omnia tollere et eradicare conatus eſt.

§. XV. His omnibus, quæ hactenus allata ſunt, derogatum videtur per conſtitutionem VRBANI VIII. *de anno 1625.* a TAMBVRINO *cit. l.* adductam, in qua Pontifex ſingulis Patriarchis, Primatibus, Archiepiſcopis, Epiſcopis, Abbatibus, ceterisque eccleſiarum et locorum piorum vtriusque ſexus Præſulibus, Prælatis, Præſidentibus, Rectoribus, Præceptoribus, Commendatariis, et Adminiſtratoribus, nec non Capitulis, Conuentibus, Collegiis, in quorumuis Principum ſecularium ditione temporali exiſtentibus, ſub grauiſſimis pœnis eccleſiaſticis iniungit, ne de cetero ciuitates, terras, caſtra, oppida, villas, arces, fortalitia, munitiones, territoria, diſtrictus, iuriſdictiones, aut quæuis alia loca vel bona iuriſdictionalia, aut eorum partem etiam minimam, tam quæ ad præſens per eccleſias et monaſteria et loca huiusmodi pleno iure poſſidentur, quam ea, quæ in *feudum* vel *emphyteuſin* conceſſa, et ad eccleſias reuerſa, etiamſi eccleſiis adhuc incorporata, et de eorum menſa effecta non ſint, vel quæ quocunque modo in futurum ad eccleſiam deuoluentur, etiamſi ex antiqua ſeu immemorabili conſuetudine, aut etiam priuilegiis apoſtolicis in feu-

feudum concedi conſueuerint, quibuſcunque rurſus in feudum concedere præſumant, irritas declarando et nullas inueſtituras, quæ contra hanc conſtitutionem in poſterum factæ fuerint, non obſtantibus conſtitutionibus in corpore iuris inſertis, ſtatutis et conſuetudinibus. Ipſa conſtitutio tam ampliſſimis concepta eſt verbis, tamque infinitis munita clauſulis, vt vix vllus caſus fingi poſſit, quo *facultas reinfeudandi* Prælatis eccleſiisque ſupereſſe queat. Verum dubito, vtrum hæc conſtitutio vnquam in Germania in vſum deducta et recepta fuerit, quæ mores antiquos ægre hactenus depoſuit, Prælatis admodum pro ſua libertate pugnantibus. Atque hæc fere ratio eſt, quod interpretes iuris canonici in Germania vix huius conſtitutionis mentionem faciant, ſimulque indicium præbet, eam in Germania eſſe ignotam, et praxin antiquam iuris canonici continuatam. ***Sed ſine effectu.***

§. XVI. Quemadmodum itaque Prælati in rebus infeudari ſolitis, *directo* feudum concedunt, ita quoque ex eadem ratione *exſpectatiuam* concedere non prohibentur, quod iure antiquo feudali in *1. F. 3. 2. F. 26. §. moribus*, et *2. F. 35.* quoque confirmatum eſt. Equidem alias Prælatis prohibitum eſt, eccleſiaſtica miniſteria, vel eccleſias, aut beneficia alicui promittere, antequam vacent, per *c. 2. X. de conceſſ. præbend. et eccleſ. non vac.* (1) ad euitandum votum captandæ mortis, (2) quod legibus gentilium hoc etiam reprobatum, adeoque in eccleſiis non ſit permittendum, quod etiam gentiles homines condemnare curauerunt, id quod poſtea BONIFACIVS VIII. in *c. 2. eod. tit. in 6.* latius extendit, et ex adductis rationibus ad feudorum eccleſiaſticorum exſpectatiuas trahendum eſſe videtur, vtpote in quibus eædem rationes occurrunt. Verum quemadmodum hæ ***Poſſunt etiam prælati libere exſpectatiuas in feudis eccleſ. concedere.*** ***Non obſtantibus obiectioni-***

bus, quæ diluuntur. hæ prohibitiones iuris canonici haud impedimento fuerunt, quo minus Prælati canonicos receperint ſub *exſpectatione præbendæ vacaturæ*, quod tot exempla Canonicorum *in herbis* exiſtentium demonſtrant, vid. BARBOSA *de canonicis cap. XII. n. 23.* WIESTNER *ad tit. de conceſ. præbend. et eccleſ. non vac.* §. 6. ita multo magis in *feudis eccleſiaſticis* exſpectatiuas concedendi mos antiquus vſque ad noſtra tempora continuatus eſt, præſertim cum in iure feudali Longobardico eadem facultas clericis quoque confirmata fuerit. Neque enim quæ alias *pactis ſucceſſoriis* obiici ſolent, ita comparata ſunt, vt turpitudinem quandam moralem *abſolute* et *in genere* contineant, nec omne, quod a moribus Romanis olim alienum fuit, aliarum gentium inſtitutis præiudicat. Germani ſane, quibus *feudorum origo et cultura* debetur, nunquam a *pactis ſucceſſoriis* abhorruerunt, præſertim cum vſum teſtamentorum nullum habuerint. Pactis vbique magis inhæſerunt, quam Romani, adeo vt fidem fallere grauiſſimum ſcelus eſſe exiſtimauerint. In primis vero in feudis *pactis ſucceſſoriis* opus fuit, quæ ſua natura olim vſque ad CONRADI Salici tempora morte vaſalli exſpirabant, nec iure ſucceſſionis *ordinario* in liberos deriuabantur. Quodſi his de nouo conferebantur, id ex ſpeciali *gratia domini*, vel *pacto* cum eo inito, dependebat, vt re vera *ſucceſſio liberorum* eſſet *pactitia*, vel noua feudi ex *pacto* vel *gratia* collatio, vnde ortum *ſimultanea inueſtitura*, das Geding, h. e. ſucceſſio pactitia ortum traxit. Primus fuit CONRADVS Salicus, qui anno 1027. in conſtitutione, quæ 5. *F.* 1. adfertur, ad *filios* et *nepotes* feuda deuolui ſtatuit. *Vt itaque vlteriores agnati multo magis extranei ſuccederent in feudis, præter releuium etiam alio peculiari remedio opus erat, ſcilicet conuentione, qua futuræ ſucceſſioni* de-

deſtinatus a poſſeſſore, ſimul cum hoc eodem inueſtiretur a domino, itaque condominium acquireret, cuius vi poſtea etiam poſſeſſionem, et omnimodam fructuum et commodorum perceptionem adipiſceretur: id quod inueſtitura noſtra ſimultanea re vera eſt, vt verba SCHILTERI *de ſimultanea inueſtitura cap. II. §. 1.* mea faciam. Hæc ipſa ſimultanea inueſtitura re vera quædam *exſpectatiuæ qualificatæ* ſpecies eſt, adeo vt in *iure Saxonico feudali cap. 32.* cautum ſit, fratres poſt diuiſionem feudi ius ſuccedendi amittere, cum hac clauſula: **Jhm ſey dann anderweit das Gedinge, und die Anwartung daran geliehen**, quid autem eſt aliud **das Gedinge**, quam *pactum?* quid **Anwartung** aliud denotat, quam *exſpectatiuam?* inde non obſtantibus iuris Romani, immo canonici rationibus, exſpectatiuæ in feudis ſunt approbatæ, vt etiam in ius *Longobardicum* penetrauerint, nec a praxi feudorum eccleſiaſticorum alienæ fuerint.

§. XVII. Magna tamen in his eſt differentia inter *actualem horum feudorum collationem*, et *nudam exſpectatiuam*, in rebus infeudari ſolitis, alteri promiſſam. Illa per ſe firma eſt, adeo vt ſi Prælatus paullo ante *mortem* ſuam vel *remotionem* rem eccleſiæ alteri in feudum dederit, hæc inueſtitura valeat, vt nec a ſucceſſore reuocari poſſit. SCHRADER *de feud. P. IV. cap. II. n. 18.* *Exſpectatiuæ* diuerſa eſt ratio, quæ demum vigorem recipit, ſi viuo Prælato, exſpectatiuam concedente, feudum eccleſiæ apertum fuerit; extinguatur vero, ſi poſt eius mortem, cum qui *titulo ſingulari* ſuccedit, ex promiſſo anteceſſoris haud teneatur, ſicuti alias heres ex facto defuncti. Hoc diſcrimen inter *feuda eccleſiaſtica et ſecularia* etiam paſſim ius Longobardicum inculcat, quamuis ſi vel maxime eius mentionem non faceret, ex *natura ſucceſſionis ſingularis* ſeu *electionis* per ſe peti poſſet, vt vſum iuris Longobardici inſignem hac in do-

Minus iuris tribuit nuda exſpectatiua.

Nec enim ſucceſſor in officio eam adimplere tenetur.

doctrina non adeo extollere neceſſum ſit. Illuſtrationis ergo gratia non inutile erit, ſcita iuris Longobardici huc reguſtare. Ait feudiſta *1. F. 3. Si vero Archiepiſcopus, Epiſcopus vel Abbas, vel Abbatiſſa inueſtituram eius feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt poſt deceſſum eius, qui poſſidet, habeat: et ante deceſſerit Archiepiſcopus, quam ille, qui feudum poſſidebat: ſucceſſores eorum non coguntur eam inueſtituram facere, vel confirmare, etiamſi pares eius curtis adſint teſtes, vel breue teſtatum inde ſit: niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius in poſſeſſionem miſſus feudi ſit, eo conſentiente, qui detinet. Sed ſi ille, qui feudum poſſidet, prius deceſſerit, quam ille, qui inueſtituram fecit; iure cogitur eam ratam habere. Laici vero iiſdem modis omnibus, quibus ſupra diximus, ſi aliis inueſtituram dederint, heredes eorum, ſi rationibus claruerint, omnimodo eam adimplere compelluntur.* Idem repetitur *2. F. 26.* his verbis: *moribus receptum eſt, dominum de feudo militis ſui, quod poſt mortem ipſius ad dominum reuerti ſperabatur, in alium militem inueſtituram facere poſſe: quae inueſtitura tunc demum capiet effectum, cum feudum domino aut heredi ſuo fuerit apertum. Secus eſt in eccleſiaſticis perſonis. Nam ſi eccleſiaſtica perſona talem faciat inueſtituram: non aliter valebit, niſi ſibi, non etiam ſucceſſori ſuo feudum aperiatur: et in tali inueſtitura conſenſus eius, de cuius feudo ſit, exquiri non oportet.* Denique *2. F. 35.* idem inculcatur his verbis: *vbi clericus de alterius feudo fecerit inueſtituram, ſiquidem pure, non valeat, ſed ſi ſub tempore vel conditione, quo feudum ſibi aperiatur, valebit inueſtitura, etiam ſine voluntate vaſalli facta, ſi tamen ante deceſſerit inueſtitor, quam feudum ad eum reuertatur: ſucceſſor non cogitur eam habere ratam.* Rationem diuerſitatis recte ex diuerſitate ſucceden-

dendi petit BORCHOLT *in comment. feud. cap. VII. n. 19.* et, *laicus*, ait, *eſt heres defuncti, et ſuccedit in vniuerſum ius eius. At clericus non eſt heres defuncti, non ſuccedit in vniuerſum ius defuncti, ſed in ius eccleſiaſticum: idque non tam hereditario iure, quam electionis.*

§. XVIII. Atque hoc quidem ad *regulam* ſpectat. Sunt etiam *exceptiones*, quibus ſucceſſor Prælatus ex defuncti exſpectatiua obligatur. Prima eſt, ſi feudum, ſuperſtite adhuc Prælato, exſpectatiuam concedente, aperiatur, poſſeſſionemque feudi exſpectiuarius acceperit, quo ipſo *ius radicatum* in feudum, iam viuente Prælato, conſecutus eſt. Equidem ROSENTHAL *cap. VI. de feud. concl. XVI. n. 5.* poſterius non exigit, ſed ſimpliciter ſucceſſorem *ad tradendum* obligari, et ſufficere contendit, quod caſus in exſpectatiua expreſſus, viuente Prælato exſtiterit. Ait, *textus feudales tum demum ſucceſſorem Prælati non obligari, innuere, ſi Prælatus inueſtitor prius moriatur, quam feudum aperiatur, ergo a contrario ſi, Prælato inueſtitore viuente, feudum apertum ſit, agi poſſe contra eius ſucceſſorem, quoniam viuo inueſtiente, inueſtito ius efficaciter quæſitum fuit.* Verum ſi de *genere actionis* quæritur, qua ad implementum exſpectatiuæ agendum, faciendum vtique cum BORNIO *diſſ. de exſpectatiuis cap. VIII. §. 7.* aſſerente, *actionem perſonalem* ex ſimplici exſpectatiua naſci ad rem in feudum tradendam. Hoc poſito, fundamentum nullum exquiri poterit, vnde ſucceſſor in officio ex facto defuncti obligari queat: licet enim caſus exſtiterit, viuente inueſtitore, quo ad implendam exſpectatiuam agi poſſit, ille tamen iam exſtinctus eſt, qui obligabatur: qui autem ſucceſſit, in obligationem defuncti non tranſit, et ſic ad tradendum conueniri nequit. Secunda eſt, *ſi cum conſenſu Capitu-*

Niſi (1) Prælato viuente feudum apertum ſit.

Vel (2) cum conſenſu ca-

pituli exſpectatiua conceſſa.

pituli exſpectantia conceſſa; quod de eo caſu accipiendum, ſi ad Prælatum et Capitulum coniunctim collatio ſpectat, quia, mortuo licet Prælato, Capitulum adhuc ſuperſtes eſt, quod nunquam moritur, et ſic efficacia exſpectatiuæ morte Prælati non exſpirat. vid. BORNIVS *cit. l.* §. *24.* STRVVIVS *in S. I. F. cap. VII. aph. 9. n. 6.* ROSENTHAL *cit. l. n. 7.* Non idem dicendum arbitror, ſi *principaliter* collatio feudi ad Epiſcopum pertinet, vt tamen *conſilium* vel *conſenſum* Capituli requirere teneatur, quia ſic Capitulum non *coniunctim* confert feudum, ſed Prælatus deſignat perſonam, et a Capitulo tantum exquirit, an iuſtam diſſentiendi cauſſam habeat, qua non allata, ipſemet exſpectatiuam confert. Ipſum vero Capitulum ad collationem hoc caſu non concurrere, ſatis liquet ex *c. vn. ne ſede vacante in 6.* adeoque ſi viuente Prælato caſus aperturæ non exſtiterit, exſpectiuario non prodeſt, quod hoc caſu magis *votum negatiuum* habere videtur.

(3) *Niſi conſentiente poſſeſſore exſpectiuarius in poſſeſſionem feudi miſſus ſit.*

An ita vltimus poſſeſſor feudum amittat?

§. XIX. Tertiam exceptionem ipſe feudiſta *1. F. 3.* ſuggerit, his verbis: *niſi ille, qui inueſtituram acceperit, nomine eius in poſſeſſionem miſſus feudi ſit, eo conſentiente, qui detinet.* Ingentes difficultates hæc ipſa peperit interpretibus, adeo, vt ROSENTHAL *cit. l. n. 8. ſqq.* ex his laqueis ſe extricare haud potuerit, HARTMANN PISTOR. *lib. II. qu. 27. n. 41. et ſqq.* et cum eo CASPAR BITSCHIVS *ad cit. textum p. 47. et ſqq.* in verbis adductis caſum ſupponunt, quo antiquus feudi poſſeſſor conſentiendo in talem miſſionem ſibi præiudicat, et feudo ſe abdicat in fauorem exſpectiuarii. Sed hanc ſententiam non admittit ROSENTHAL *cit. l. n. 14.* quod hac ratione feudum re vera Prælato inueſtienti per *refutationem*, non ſucceſſori aperiatur. Huic addi poteſt, quod ſuppoſito hoc caſu exceptio non

non ſit de regula: illa quippe diſponit de obligatione ſucceſſoris ex defuncti exſpectatiua feudo poſt mortem inueſtitoris aperto; hæc vero ex mente horum interpretum non caſum *exſpectatiuæ*, ſed *realis feudi collationis* continet, adeoque hæc interpretatio in regulas interpretandi admodum impingit. Immo quæſtio Domitiana re vera propoſita fuiſſet, cum nihil amplius, quod a ſucceſſore impleri debeat, ſuperſit. Ieiuna admodum eſt ratio dubitandi, quam BITSCHIVS *cit. l. p. 60.* adfert, quod talis abdicatio ab antiquo poſſeſſore in fraudem ſucceſſoris facta fuiſſe videatur, qui tamen, ſi ſe feudo abdicat, iure ſuo vtitur, nec de ſucceſſore cogitaſſe videtur, cui, poſtquam nondum exſtitit, fraus fieri non potuit; ne dicam, feudiſtam de illo conſentiente, qui feudum adhuc *detinet*, et ſic in poſſeſſione feudi manet, loqui, nulloque ex indicio apparere, quod poſt conſenſum interpoſitum feudum detinere deſinat, quod tamen diuinatorie adſtruit BITSCHIVS *cit. l. p. 61.* Hi ſcrupuli mouerunt ROSENTHALIVM *cit. l. n. 14.* vt ſtatueret, per conſenſum poſſeſſorem feudi ſibi haud præiudicare, nec iure ſuo cadere; interim ſucceſſorem Prælati nihilominus teneri. Verum nec hoc caſu omnes ſuperatæ ſunt difficultates. *Quomodo enim,* ipſemet ſibi obiicit ROSENTHAL *n.* 13. *hic Sempronii*, h. e. vltimi poſſeſſoris, *conſenſus, vt Prælatus de feudo, ab ipſo Sempronio adhuc poſſeſſo, Seium inueſtiat, eumque immittat, hoc operari poſſit, vt Prælati ſucceſſorem obliget in futurum, anteceſſoris ſui promiſſionem explere, haud aſſequor. Quoniam ratio prædictorum, cur Prælati ſucceſſor non obligetur, ea reddi ſolet, quod videlicet ius Prælati in adminiſtratione conſiſtat, et id non ex ſucceſſione, ſed electione conſecutus ſit. Et ideo in futurum non debeat diſponere in præiudicium ſucceſſoris; nec illi ius quærendi et conferendi feuda, quæ tempore*

Roſenthalii ſententia,

quæ tamen itidem difficultatibus non caret.

re eius adminiſtrationis aperientur, praeripere. Addit IDEM *n.* 15. *praefati dogmatis nullam rationem manere, niſi dixeris, cum ita abſiuerit et in poſſeſſionem veram, conſenſu Sempronii viuentis adhuc, inductus ſit ſecundus vaſallus a Praelato, quod inueſtitura huius ſecundi quodammodo perfecta, et is ius in re conſecutus ſit, adeo, vt Praelati ſucceſſorem ſic obſtringat. Quodſi admittatur, ſequeretur, ſucceſſoribus in Praelaturis facile fraudem necti poſſe.* Non tangit vero hoc dubium, in quem finem conſenſus vltimi poſſeſſoris hoc caſu neceſſarius ſit, cum ſecundum ROSENTHALII ſententiam de poſſeſſoris praeiudicio non agatur? Sic quando coadiutor a Capitulo cum ſpe certiſſima ſuccedendi eligitur, in qua re vera talis exſpectatiua occurrit, conſenſus Epiſcopi coadiuuandi haud praeciſe neceſſarius eſt, ſed Pontificis auctoritas ſufficit, qua accedente, etiam inuito epiſcopo, electio fieri poteſt.

Pro ſoluendis his dubiis praemittitur differentia inter exſpectatiuam ſimplicem et qualificatam.

Simplex reprobata in praebendis non in feudis.

§. XX. Vt ex his eluctari queamus ſcopulis, e re erit, doctrinam de *exſpectatiua* ex iure canonico repetere, cuius praxin eo tempore quoque Praelati, ſicuti in *praebendis*, ita in *feudis eccleſiaſticis* conferendis ob oculos habuiſſe, eamque feudiſtam hic reguſtaſſe probabile eſt. Duplex ratio exſpectatiuarum Saeculo XII. in vſu fuit, quarum altera *ſimplex*, altera *qualificata* dici poteſt. Illa conſiſtebat in *nuda promiſſione* praebendae nondum vacantis in caſum, quo vacatura eſt. Atque hanc ipſam reprobauit ALEXANDER III. *in concilio Lateranenſi* anno 1179. cuius decretum in *c.* 2. *X. de conceſſ. praebend. et eccleſ. non vac.* refertur, quae prohibitio tamen feudorum eccleſiaſticorum exſpectatiuas, ex rationibus antea adductis, haud ſuſtulit, immo feudiſta hoc dubium tangere non potuit, cum antiqui compilatores, ex quibus compilatio feudalis collecta eſt, ſub FRIDERICO BARBAROSSA circa annum 1160. ſcripſerint, quo con-

Digitized by Google

concilium Lateranenſe nondum promulgatum erat. Hæc vero conſiſtebat *in ſolemni receptione in numerum Canonicorum*, et *canonica inſtitutione*, ſeu *inueſtitura de Canonica*, ſed ſine præbenda, cuius exſpectatio ad proximam vacaturum præbendam differebatur. Per *ſimplicem* tantum *ius ad rem* exſpectiuario quærebatur; per *qualificatam* vero *ius ipſum in re* reſpectu prælati propter accedentem *inueſtituram abuſiuam* ſeu *canonicam inſtitutionem*; quæ ideo acceſſiſſe videtur, vt *ius irreuocabile et radicatum* in Canonicum receptus adipiſceretur, et ſucceſſor Prælatus poſtea vacantem præbendam ei conferre teneretur. Praxeos huius ipſe ALEXANDER III. *anno 1170.* in *c. 9. X. de præbend.* meminit, quæ nec oblitterata eſt per concilium Lateranenſe, vt patet ex deciſione INNOCENTII III. in *c. 7. 14. et 19. X. de conceſſ. præbendæ et eccleſ. non vac.* Vocari tales Canonici ſolent *in herbis*, interim iam veri Canonici ſunt, realiter inueſtiti, in numerum eorum recepti, et tantum exſpectatiuam habent quoad *præbendam* ſeu *vtile*, quod canonicatui, quem iam tenent, cohæret, quam ſucceſſor Prælatus conferre tenetur *ex obligatione legis*, quod indigitat Pontifex in *c. 9. X. de præbend. non eſt congruum*, inquiens, *vt præbenda careat, qui in Canonicum noſcitur eſſe receptus*, quod etiam confirmatur in *c. 8. et 19. X. eod.*

Qualificata, per quam transfertur ius in re, et ſucceſſor obligatur ex lege ad præbendam conferendum.

§. XXI. Simili ratione feudiſta, praxin Capitulorum eius temporis ob oculos habens, diſtinguere videtur inter *exſpectatiuam ſimplicem* et *qualificatam*. Illam in *cit. text.* vocat *inueſtituram*, ſed prout recte obſeruat RHETIVS *in commentat. ad ius feud. ad cit. text.* et quidem ad verba: *inueſtituram eius feudi, n. 1. ſeqq.* illa nihil aliud hoc loco denotat, quam *ſolemnem inueſtituræ promiſſionem*, quæ etiam in præſentia parium curiæ fieri poterat, breui deſuper teſtato accedente, hac forſan formu-

In feudis etiam recepta hac diſtinctio.

mula: Verſprechen, daß wir ihn mit dem erſten an uns verfallenen Lehen, begnadigen wollen. vid. RHETIVS *cit. l. p.163. n.2.* Totus enim contextus innuit, hic tantum agi de tali *promiſſione*, qua alteri *ius ad rem* acquiritur, qua ad dandum vel præſtandum promittentem habet obligatum. Hanc vero in *exceptione* appoſita expreſſiſſe videtur, quando ſcilicet non in nudis terminis promiſſionis exſpectatiua ſubſtitit, ſed præterea acceſſit *inueſtitura abuſiua*, mediante qua receptus eſt in *vaſallum* et *militem* ſub exſpectatione eius, quod huic officio cohæret. Nam ſicuti in beneficiis eccleſiaſticis, clericorum *officium ſacrum* et *beneficium* differunt, et hoc tantum locum *ſalarii*, quod propter illud aſſignatur, obtineat, et præterea illud ſine hoc conferri poteſt; ita pariter in iure feudali ipſum *officium* a *beneficio*, ſeu *feudo* diſcernendum, et quamuis regulariter cohæreant, illud tamen etiam ſine hoc conferri poterit, vt *feudum* tantum in *exſpectatione* maneat, interim per *inueſtituram abuſiuam ius in re* collatum, et ita inueſtitus in numerum *vaſallorum* ſolemniter receptus ſit, præſertim ſi certi alicuius feudi promiſſio facta fuerit. Satis conuenienter hac de re cenſet BORNIVS *cit. diſp. cap. VIII.* §. 19. aiens: *eſt enim hic effectus etiam abuſiuæ inueſtituræ, vt per eam dominium vtile et ius feudi transferatur, ita quidem, vt in exſpectatiua ſit traditio conditionalis, in caſum aperturæ contingentis facta, quæ tamen ipſo momento, quo vacantia aut apertura contigit, effectum ſuum exſerit, non ſecus atque alias in allodialibus traditio in certum euentum conditionemque aut diem facta.* Conf. STRYKIVS *de abuſiu. inueſt. cap. IV.* §. 13. De tali *inueſtitura abuſiua* loqui feudiſtam, vel inde liquet, quod præſupponat caſum, quo quis *inueſtituram acceperit*, h. e. *exſpectatiuam*, *et nomine eius*, exſpectatiuæ ſcri-

Qualificatam expreſſit feudiſta in exceptione.

Quæ per inueſtituram abuſiuam confirmata,

Quod illuſtratur.

Digitized by Google

ſcilicet, in *poſſeſſionem miſſus feudi ſit*, quibus verbis actualis immiſſio in poſſeſſionem denotari nequit, cum alias de feudo antiquus poſſeſſor decedere deberet, quod abſurdum eſſe, antea obſeruaui; ſed potius *inueſtitura abuſiua*, quæ fit ſymbolis interuenientibus, aliisque ſolemnibus actibus indigitatur, ad hunc effectum, vt *ius in re* conſequatur, quod *miſſionis in poſſeſſionem* ſeu *traditionis* appellatione denotare voluit Feudiſta. Non enim adeo mirandum eſt, illum *abuſiue* loqui, cum ſecundum morem illius temporis id ſæpius in aliis locis factum fuerit. Sic *2. F. 26.* §. *ſi de feudo* dicitur, quod vbi lis vertitur, an feudum ſit nouum vel antiquum, *agnati in poſſeſſionem feudi conſtituendi ſint.* Cur vero in poſſeſſionem agnati mittendi ſint, nullo ex indicio cognoſci poteſt, niſi verba adducta explicemus de caſu, quo agnati iam in *poſſeſſione* antea fuerunt, et ita in poſſeſſione conſtituti, a domino *inueſtiendi ſint.* Neque enim feudum *nouum* aut *antiquum* per ſe præſumitur, ſed vtrumque *in facto* conſiſtit, adeoque aliunde præſumtio pro agnatis haurienda erat, ſcilicet *ex poſſeſſione*, cuius conſequens *inueſtitura* eſt. Vnde ſatis conuenienter verba adducta BITSCHIVS *ad cit. l. p. 385.* de *renouatione inueſtituræ* accipienda eſſe cenſet, cuius conſequens regulariter eſt *poſſeſſio*, vel ad minimum *iuris in re* translatio. Conf. *1. F. 4. 1. F. 26.* §. *1.* Equidem ſtante hac interpretatione *conſenſus vltimi poſſeſſoris* non videtur neceſſarius fuiſſe, quem tamen in textu controuerſo feudiſta ſupponit. Verum recte obſeruat ROSENTHAL *cit. l. n. 11.* illud factum fuiſſe propter *l. f. C. de pactis*, vbi reprobatur *diſpoſitio de hereditate viuentis*, niſi ille conſenſerit, de cuius bonis agitur. Ne ergo huic *inueſtituræ abuſiuæ* vllus defectus obiici poſſet, conſenſus vltimi poſſeſſoris in hanc inueſtituram requirendus fuit.

Cur conſenſus poſſeſſoris hoc caſu neceſſarius ſit.

Inde quoque ſimultanea inueſtitura hodierna facies illuſtrari poteſt.

§. XXII. Quæ cum ita ſint, admodum probabile eſt, non aliunde formam et rationem hodiernæ *inueſtituræ ſimultaneæ* petendam eſſe, quam ex praxi harum *exſpectatiuarum qualificatarum.* Sola exſpectatiua ſimplex, in *nuda promiſſione* ſubſiſtens, ius tam certum et radicatum exſpectiuario tribuere non potuiſſet, niſi *inueſtitura abuſiua* ex praxi Capitulorum acceſſiſſet, qua ſimul *ius in re* inueſtito acquiritur, ipſeque *in numerum vaſallorum* actualiter recipitur irreuocabiliter. Et hac de cauſſa ſola prima inueſtitura non ſufficere videbatur, ſed neceſſe erat, vt, quouis emergente caſu, quo *renouatio feudi* petenda eſt, ipſemet quoque ſimultanee inueſtitus renouationem feudi peteret, quia non amplius pro nudo exſpectiuario habetur, ſed per primam inueſtituram iam ipſo actu vaſallus domini conſtitutus, et ſic ad idem obligatus eſt, ad quod alias vaſalli quiuis, renouationis caſu exiſtente, obligantur. Hinc etiam eſt, quod *iuramentum fidelitatis* æque vt alii vaſalli, præſtare cogantur, immo etiam in quibuſdam territoriis, *homagium*, vbi Landſaſſiatus eſt receptus, adeo, vt etiam ibidem conueniri poſſint, de quo plenius agit MENCKE *diſſ. de foro compet. vaſallorum ſimultanee inueſtitorum Sect. III. §. 5.*

(4) Si exſpectatiua ipſam prælati dignitatem afficit.

§. XXIII. Qarta exceptio eſt, ſi exſpectatiua ipſam *dignitatem* Prælati afficit, ſeu ob ſingularem vtilitatem eccleſiæ facta eſt. Licet enim ſucceſſor non habeat cauſſam ab anteceſſore, in dignitatem tamen ſuccedit, quam contractus affecit; RHETIVS ad *I. F. 3. p. 178. n. 13. et 14.* Hac de cauſſa etiam Prælatus debita ſui prædeceſſoris, *pro eccleſiæ neceſſitate* contracta, ſoluere tenetur per *c. 1. X. de ſolut.* Huc pertinet, ſi Prælatus ei, qui pecuniam ad redimendum pallium ſuppeditaſſet, exſpectatiuam promiſiſſet, vel etiam illi, qui pecunia numerata furorem

rem hoſtium ab Epiſcopatu auertiſſet. KLOCK. *de contributione cap. VIII. n. 64.* Addit RHETIVS *cit. l. n. 15.* etiam hanc exceptionem, ſi Prælatus conceſſiſſet exſpectatiuam *in remunerationem bene meritorum*, quæ tamen a priori non differt, ſi modo conſtat, inſignia illa merita in vtilitatem diœceſeos, in qua exſpectatiua eſt conceſſa, ceſſiſſe. Conf. HARPPRECHT *reſp. 66. n. 101.* KLOCK. *tom. II. conſil. IV. n. 88.* Non enim infrequens eſt, Prælatos plures nonnunquam poſſidere Epiſcopatus, adeoque, quod in vnius vtilitatem factum eſt, tantum eius ſucceſſorem ſtringit, non vero illum, qui ad ceteros Epiſcopatus poſtea eligitur.

CAPVT IV.

DE RELIQVO IVRE ET OBLIGATIONE ECCLESIAE ET VASALLI IN FEVDO ECCLESIASTICO.

ARGVMENTVM.

§. *I. De prodominio in feudis eccleſiaſticis. II. Renouatio inueſtituræ a capitulo ſede vacante non petenda. Confutatur Carpzouii ſententia. III. A quo tempore currat annus petendæ inueſtituræ? IV. An Feuda eccleſiaſtica in dubio promiſcua præſumantur? V. Hæc quæſtio non ex iure Longob. decidenda. VI. Nec valet argumentum a feudis datis ad oblata. VII. Dubia excutiuntur. VIII. Exempla feudorum eccleſiaſticorum promiſcuorum, vt Fuldenſium, Colonienſium, Hirsfeldenſium, Monaſterienſium, Oſnabrugenſium, Treuirenſium, Metenſium, Corbeienſium, Traiectenſium. IX. Appellatio des Mannlehns vel des rechten Lehns non excludit feminas. X. Feuda eccleſiaſtica ex regula non ſunt hereditaria. XI. Feuda Fuldenſia hereditaria ſunt. XII. An aſcendentes in illis ſuccedant? XIII. Iuriſdictio de illis eſt prælati, ſalua appellatione*

ad tribunalia Imperii. XIV. Rigor iuris feudalis in illis temperandus. Remiſſio feloniæ penes prælatum eſt.

§. I.

Eccleſia in ſuis feudis pro-domino indiget,

Iam *cap. II.* obſeruauimus, feuda eccleſiaſtica hinc inde deflectere a regulis aliorum feudorum, id quod vel ex *propria* illorum *natura*, vel aliunde dependet. Ab *eccleſia* hæc feuda dari, et dependere dicuntur, quod in *bonis eccleſiaſticis* conſtituta ſint, et ita *dominium directum* penes *eccleſiam* exiſtat, ſicut etiam *dominium vtile* penes illam eſſe poteſt, ſi perſonam *vaſallæ* ſuſtinet. Sicuti vero *eccleſia vaſalla*, prouaſallo indiget, qui nomine ipſius, quæ iuris feudalis ſunt, peragit; ita idem in *eccleſia domina* receptum, quippe quæ *corpus aliquod* ſiue *clericorum* tantum, vti inter pontificios, ſiue *laicorum et clericorum*, in vnum cœtum particularem collectorum, conſtituit, quod rectius per *pro-dominum* ea, quæ ex iure *dominii directi* fluunt, expedire poteſt. Sunt eccleſiæ ſua natura corpora perpetua, ex pluribus perſonis conſtantia, quæ non moriuntur, adeoque, quæ naturalia feudorum ſunt, vt *renouatio feudi, iuramenti præſtatio, ſeruitiorum exhibitio*, vix commode applicari poſſent, niſi a collegio conſtitueretur, qui nomine eius *dominium directum* exerceret. Iam olim in conſtitutione FRIDERICI, quæ *2. F. 55.* continetur, hoc cautum fuiſſe, deprehendo, vbi in genere de pluribus eiuſdem rei conſortibus dicitur, quod *vaſallus pro vno feudo non compellatur plures habere dominos*, adeoque prætendere poſſit, vt vnum deſignent, cui fidelitas præſtanda ſit. Conf. *2. F. 102.* et *2. F. 77.* vbi dicitur: *plures autem domini, etſi feudum inter ſe diuidant, nullo modo niſi vnam fidelitatem ex feudo habere poſſunt.* VVLTEIVS *lib. I. cap. VII.* In *iure ſaxonico feudali cap. XXIX. §. I.* idem conſtitutum,

quod in quibusuis collegiis iuris.

tum, ob viel Manne ein Gut zuſammen in Lehen haben, ſie dürfen doch nicht mehr denn von einen ihres Herrn Sohn ihr Gut empfahen, ob es ihnen wohl von allen insgeſammt geliehen wäre. Similiter in *iure Allemannico feudali cap. LVIII.* §. 4. *et* 5. idem confirmatur, der Mann ſoll auch nicht, denn von einem ſeines Herrn Sohn Gut empfahen, denn nicht mehr Herrn mögen ihme genöthen, daß er ein Gut von ihnen empfahe, denn einer. it. Und läßt auch der Herr mehr Söhne hinter ihme, ſo er ſtirbt, die Mann empfahe ihr Gut nicht mehr denn von einem, von dem Aelteſten. Conf. SCHILTER *ad ius feud. Allem. cap. LVIII.* §. 7. *et* 8. Quamuis vero inter interpretes iuris feudalis circa conſtitutionem pro-domini in caſu, vbi plures eiuſdem domini directi conſortes ſunt, plures occurrant difficultates, de quibus vid. HARTMANNVS PISTORIS *lib. II. qu.* 49. *n.* 119. VVLTEIVS *lib. I. de feud. cap. VII. n.* 94. SCHRADERVS *de feud. P. VI. cap. I. n.* 13. minor tamen difficultas eſt, vbi dominium directum eſt penes *collegium vel vniuerſitatem*, vbi vel *pro-dominus* ab illa eligitur, vel *ius hoc pro-dominii* officio *Praeſidis collegii* ordinarie cohaeret. Poſterius euenit in *feudis eccleſiaſticis*, in quibus *pro-domini* perſonam ſuſtinent ex officio Epiſcopi vel Praelati alii, quippe quibus ab antiquo legitima adminiſtratio bonorum eccleſiaſticorum cum iure ſupremo in ea competiit. Huic conſequens eſt, vt a nouiter Praelato electo renouatio peti debeat. Si *Capitulo* dominium directum debetur, mortuo *Decano*, vel alibi *Praepoſito*, inueſtitura a nouiter electo intra debitum tempus petenda eſt. Immo ſi vel maxime dominium directum penes Capitulum et Epiſcopum coniunctim reſidet, vtplurimum tamen tantum Epiſcopo mortuo renouatio peti ſolet.

pro-dominii ius cohaeret officio praelati.

Renouatio inueſtituræ haud petenda a capitulo ſede vacante.

§. II. Quodſi ſedis vacantia vltra tres menſes extendatur, quod in primis contingere poteſt diuturniori impedimento interueniente, qua de cauſſa ſedes vacans *impedita* dicitur, iuſta dubitandi ratio naſcitur, *vtrum renouatio inueſtituræ a Capitulo petenda ſit, ſi intra annum et diem alius non fuerit electus Prælatus?* Equidem ſi ad Prælatum et Capitulum ſimul dominium directum ſpectat, expeditum eſt, renouationem inueſtituræ a capitulo petendam eſſe, quod etiam hoc caſu feuda aperta denuo confert. Vid. LEVRENIVS *de vicariis epiſcop. tr. III. qu.* 488. Si vero tantum collatio feudorum Epiſcopo debetur, Capitulum, ſede vacante, cauſſis feudalibus ſe intromittere nequit, et ſicuti nouas inueſtituras facere prohibetur, ita veteres renouare, et fidelitatis iuramentum a vaſallis exigere non poteſt, LEVRENIVS *cit. l.* PIRRHINGIVS *ad tit. de maiorit. et obed. n.* 52. FERMOSINVS *de poteſt. capituli ſede vacante tr. I. qu. XVI. n.* 2. et ad *c.* 5. *X. de iudiciis.* Equidem CARPZOVIVS *P. II. conſtit.* 45. *def.* 22. et cum eo STRVVIVS *in S. I. F. cap. X. aph.* 2. *n.* 3. contrarium aſſerunt ex ea ratione, quod *non tam Epiſcopi, quam Capituli, tanquam perſonæ repræſentatæ, negotium agatur, cuius conſenſu inueſtitura facta fuit. Mortuo igitur,* pergit CARPZOVIVS, *Epiſcopo, vel ſaltem Capitulum repræſentatum morte repræſentantis immutatur: quidni ergo renouatio intra annum et diem ab ipſo Capitulo peti deberet, ſi nondum alius electus fuerit Epiſcopus? non enim Capitulum moritur, ne deficit perſona, a qua renouatio peti queat.* Prouocat vlterius illuſtrationis gratia ad *poteſtatem vicariorum tempore interregni* de *feudis minoribus* inueſtientium, ſi vltra annum et diem Imperator Electus non fuerit; immo etiam de *feudis maioribus* eos inueſtire poſſe, exemplis quibuſdam docet THVLEMARIVS

Quamuis contrarium doceat Carpzov.

MARIVS *de officiis ... cap. XXII.* §. 27. Verum ſi recte CARPZOVIVM intelligo, de illo caſu, quo *dominium directum ad Epiſcopum et capitulum ſimul* pertinet, loqui videtur; ſaltem ad hunc caſum *rationes primariæ* tantum quadrant. Repræſentat quidem Prælatus *eccleſiam*, ſeu *clerum*, immo vaſallos inueſtit, von Stiftswegen, quæ formula nonnunquam *litteris inueſtituræ* inſeri ſolet: interim morte Prælati ſtatus eius non mutatur, *ipſa vniuerſitas* durat, nec *eccleſia* moritur cum Prælato, ideoque ſtricto iure ne quidem *inueſtituræ renouatio* eſſet neceſſaria, cum *dominium directum* non mutetur. Præterea nulla culpa imputari poteſt vaſallis, ſi intra annum et diem Prælatus tanquam *pro-dominus* electus haud fuerit, quippe a quo vnice renouatio petenda. Antequam enim *pro-dominus* conſtitutus ſit, non eſt, a quo peti poſſit renouatio inueſtituræ, et quamuis Capitulum interim *epiſcopalia iura* exerceat, non tamen concurrit ad *collationem beneficiorum* et *feudorum*, multo minus ad renouationem, quæ itidem ſuſpendi poteſt ad futuri Epiſcopi conſtitutionem. Nec recte argumentum hic trahitur a *poteſtate vicariorum imperii* ad poteſtatem Capituli ſede vacante, quin potius, cum inueſtitura de *feudis maioribus* illis denegata ſit, et tantum *ſingulariter* conceſſa in minoribus, contrarium potius inde colligendum, nec quod in *feudis minoribus ſingulariter* vicariis conceſſum eſt, ad Capitula *generatim* quoad omnia feuda trahendum. Ne dicam, quod per-raro obſeruant, valde probabile eſſe, *A. B. cap. IV.* §. 1. non tam loqui de *renouatione inueſtituræ*, ſed de *feudorum, tempore interregni apertorum, noua collatione*, quæ facile vicariis imperii concedi potuit in feudis minoribus, *vt tamen per Regem Romanorum poſtea electum, ſuo tempore omnia innouari, et de nouo iuramenta præſtari* debe-

Digitized by Google

debeant, quæ demum *renouationem* inuoluunt. Excipiuntur feuda Principum et vexilli, quorum *inueſtitura* et *collatio* ſoli Imperatori reſeruatur: *collatio* autem magis denotat *reinfeudationem*, quam *ſimplicem renouationem inueſtituræ.* Conf. LIMNAEVS *ad A. B. cit. l. obſ.* 14. Loquor tantum de mente CAROLI IV. praxin contrariam interpretationem textui addidiſſe noui, interim argumentum ſolidum pro iure Capituli, ſede vacante, inde minime conſtrui poteſt. Hoc non nego, vaſallos tutius agere, ſi intra annum et diem de adhibita diligentia proteſtentur, ſeque paratos fuiſſe profiteantur ad *renouationem* petendam, ſi Prælatus debito tempore electus fuiſſet. Conf. SCHRADER. *de feud. P. VI. c.* 2. *n.* 22.

Annus ad renouationem feudi conſtitutus incipit currere a tempore electionis noui Prælati.

§. III. Quæ cum ita ſint, ſimul quoque inde liquet, a quo tempore *annus* currere incipiat. Quoad ipſos Prælatos expeditum eſt, illis nouiter electis *annale tempus* non currere, niſi a die *electionis* vel *poſtulationis* per *art. V. I. P.* §. 1. Par ratio eſt vaſallorum intuitu feudorum eccleſiaſticorum, Prælato defuncto; ſicuti enim hi *inueſtituræ renouationem* interim a nemine petere poſſunt, ita annale tempus non a die *mortis*, ſed potius *electionis* computandum eſt, pariter ac Principes imperii, electo nouo Imperatore, intra annum a tempore *electionis* computandum, demum renouationem petere neceſſum habent, quorſum collineat CAROLVS IV. *in A. B. cap. V.* §. 1. ibi: *ſuo tempore innouari*, quod non poteſt non *annale tempus* denotare, quod *poſt electionem* demum currere incipit; alioquin ſi annum a tempore mortis vel Prælati computandum eſſe aſſereremus, facile contingeret, vt renouatio intra annum plane peti non poſſet, vel quod Prælatus demum poſt annum eligatur, vel etiam in fine anni, quo omnium

Digitized by Google

omnium feudorum inueſtitura renouari nequit. vid. MEYER *in S. iur. feud. c.* 24. §. 5. *p.* 725. STRVV. *in S. I. F. cap. X. aph. II. n.* 2. SCRADER. *de feud. P. VI. c.* 2. *n.* 24.

Feuda eccleſiaſtica in dubio cenſentur eſſe promiſcua.

§. IV. Ceterum ius ipſum vaſalli in feudis eccleſiaſticis longe pinguius iure aliorum vaſallorum eſſe, colligi poteſt ex argumentis *cap. II. in f.* adductis. Palmarium ius, et in quo hæc feuda ab aliis recedunt, in eo conſiſtit, quod hæc feuda in dubio cenſeantur eſſe *promiſcua*, nec filiæ ab illis excludantur. In hoc ipſo conſiſtit pomum illud eridos, de quo interpretes digladiantur. Non repetam argumenta, quæ pro hac ſententia *cit. l.* iam adduxi, ſed duo tantum demonſtrabo, 1) *ius Longobardicum in hac controuerſia pro primario iudice, ſeu principio aſſumi non poſſe*; immo ſi vel maxime aſſumatur, huic ſententiæ tamen haud contradicere, et inde argumenta a diſſentientibus adduci ſolita, facile dilui poſſe: 2) *per inductionem tot feudorum eccleſiaſticorum, quæ indubie promiſcua ſunt, recte argumentum generale in dubio capi poſſe.* Dico *in dubio*; ſi enim ex litteris inueſtituræ contrarium appareat, fruſtra prouocatur ad commune prouerbium; Krummſtab ſchleuſt niemand aus.

Ius Longobardicum pro iudice in hac quæſtione aſſumi nequit.

§. V. Ad primum membrum quod attinet, non nego, ſecundum *iuris Longobardici* principia, feminas indiſtincte a feudi ſucceſſione excludi, nec in eo inter feuda *eccleſiaſtica et ſecularia* diſtingui, idque ex natura ſeruitiorum militarium, quæ maſculi, non feminæ præſtant, adeoque poſtquam ſucceſſio inualuit, regulariter tantum ad *maſculos* extenſa eſt. Sed ſi ipſam *definitionem feudi*, eius *eſſentiam* et *rationem* paullo penitius intuemur, euidens eſt, iura Longobardica tantum diſponere de feudis *datis*, quæ ex liberalitate dominorum na-

Quod de feudis datis agit,

ta ſunt, quæque ita ad ſexum maſculinum facile reſtringi potuerunt, cum qui liberalitatem in alterum confert, illi certam legem dicere non prohibetur. Recte id ipſum obſeruat THVMMERMVT *in tr.* Krummſtab ſchleuſt niemand aus *p.* 16. *n.* 57. rationemque iuris Longobardici feudalis hanc eſſe ait, *quod feuda, vt beneficia, ex mera dominorum liberalitate nata, ab ipſo feudorum exordio, ſolerent eſſe tantum vitalia, ad ſolius vaſalli vitam duratura, et per illius perſonæ extinctionem, ad dominum illa lege donantem, reditura; quæ ratio licet paullatim poſtmodum etiam ad ſucceſſionem liberorum extendi cœperat; illa tamen extenſio, intra illius primi acquirentis familiam (quæ ex ſolis maſculis continuatur) tanquam certos limites, ſeſe continuit, et, quia feminæ a ſua familia exeunt, eamque non propagant. Hinc inter contrahentes id tacite vel expreſſe actum eſſe videtur, vt, familia iſta finita, bona, iſta de cauſſa data, quaſi deficiente cauſſa dationis, potius ad dominium, illa contemplatione dantem, quam ad filiam vel ſororem deuoluerentur, reuerterenturque.* Poſt pauca addit: *verum iſta ratio, ſicut naturam rectorum feudorum, ex liberalitate mera dominorum profectam, in iſto ſuo ſtatu iuſtificat; ſic ſimilem rigorem in aliis impropriis et de iſta liberalitate non participantibus feudis non producit, et caſum caducitatis, ex defectu maſculinæ prolis, moderatur ac temperat, vt res potius ad feminam ex acquirente natam, nihilque contra dominum demeritam, quam ad honoris tantum cauſſa aſſumtum aliquem dominum tranſeat; ſed potius ſibi ſuisque heredibus feminis, extra caſum liberalitatis dominicæ, vaſallus proſpicere voluiſſe videatur.* Rationi iuris hæc admodum conſentanea eſſe, ex fatis *feudorum eccleſiaſticorum* facile colligi poteſt. Vt ex hiſtoria *cap. I.* relata, liquet, plura eo tempore, quo ius feudale Longobardicum compilatum eſt, erant *feuda eccleſiaſtica,* non tam ex *oblationibus* nobilium nata, quam potius ex patri-

patrimonio eccleſiæ *data*, vel adhuc retenta. Contra horum poſſeſſores iam VRBANVS II. in fine Sæculi XI. decretum promulgauerat: idem repetierunt ſucceſſores, ægre tamen finem ſuum obtinuerunt, vaſallis feuda ſua ſtrenue defendentibus. Atque ad hæc feuda recte diſpoſitio iuris Longobardici applicari potuit, vtpote quæ non ex *liberalitate vaſallorum*, ſed *eccleſiæ* nata erant. Non nego abſolute, eo tempore feuda *oblata* defuiſſe, quorum exempla iam eo tempore aderant in Germania, vt ſupra *cap. I.* §. 13. ex HELMOLDO obſeruaui. Verum de eo non quæritur, ſed illud tantum in quæſtione eſt, an ius Longobardicum, vbi *de feudis eccleſiaſticis* diſponit, de *oblatis*, an potius de *datis* feudis loquatur? poſterius affirmandum eſſe vel inde liquet, quod ius Longobardicum feuda *oblata* prorſus ignoret, et textus, qui in hanc cauſſam producuntur, illud plane non euincant, vt optime oſtendit THOMASIVS *diſſ. de feudis oblatis cap. I. §. 2. et ſqq.* nec negat HERTIVS *de feudis oblatis P. I.* §. 16. feuda oblata nouiori tempore multo vſitatiora eſſe, immo de his feudis in conſuetudinibus feudorum, vt nunc habemus, nihil legi, vt §. 18. expreſſe fatetur. Illud quidem non dixerim cum RHETIO *in comment. ad* 1. *F. I. p.* 45. *n.* 25. eo tempore feuda *oblata* nondum innotuiſſe, interim recte addit, de *feudis datis* tantum in iure Longobardico agi, forſan quod rariora in Longobardia talia feuda eſſent. Idem obſeruat FELTMANNVS *lib. I, de titulis honorum cap. XLV.* §. 19. aiens: *de feudis oblatis rariuſcule quidem loquuntur interpretes, et fuiſſe illa incognita eo tempore, quo digeſtæ feudorum conſuetudines, nil certius; in Germania autem feuda maximam partem eſſe oblata, bene obſeruatum* IOHANNI FRIDERICO RHETIO. Equidem HERTIVS *cit. l.* §. 18. feudorum

Non de oblatis, qualia in dubio ſunt eccleſiaſtica, qualia hodie in dubio ſunt, eccleſiaſtica cenſenda ſunt.

rum quorundam oblatorum *Sec. IX. et X.* exempla adducit, indeque ad minimum euincere intendit, feuda oblata non prorſus incognita fuiſſe. Sed recte regerit THOMASIVS *cit. l. cap. I.* §. 18. *innotuiſſe illud dicitur, non, quod raro contingit, ſed quod ob frequentem exiſtentiam publice et in vulgus quaſi notum eſt. Vnde quemadmodum ea, quæ ſemel aut bis fiunt, prætereunda ſunt a legiſlatoribus, tanquam quæ publice incognita ſunt, a quibus reip. turbatio non metuitur, ita nec male Dd. communiter duos actus ad introducendam conſuetudinem non ſufficere arbitrantur, quoniam hos non probabile eſt, innotuiſſe Principi, a cuius tacita approbatione vis et efficacia conſuetudinis dependet.*

Hinc quoque ius Longobardicum ad feuda ecclesiaſtica ſimpliciter applicari nequit.

§. VI. Hæc ſi recte obſeruaſſent interpretes, non tam ieiune in hac materia ad *ius feudale Longobardicum* prouocaſſent, quod de prorſus diuerſi generis feudis, quæ *liberalitati dominorum* accepto ferenda ſunt, diſponit. E contrario feuda eccleſiaſtica pleraque in Germania *oblata* eſſe, et ſic diuerſam *a datis* indolem accepiſſe, *cap. I.* obſeruaui, et *cap. II. in f.* vlterius illuſtraui. Ex quo fluit, *iuris Longobardici* doctrinam in his feudis hodie pro *principio vnico* et *regula* aſſumi non poſſe. Immo ſi vel maxime aſſumenda eſſet, minime tamen eidem *promiſcua ſucceſſio* in his feudis contrariaretur. Ideo ius Longobardicum feminas excludit, quod liberalitas domini modum ſucceſſioni ponere potuerit, qua ratione ceſſante, ceſſare etiam debet huius iuris diſpoſitio. Equidem RHETIVS *cit. l.* adſtruit, poſtquam oblata feuda ſemel conſtituta ſunt, eadem, quæ de feudis *datis* obtinent, in illis quoque regulariter valere. Sed recte regerit FELTMANNVS *cit. l.* §. 21. inquiens: *verum enim vero cum ex liberalitate vaſalli originem ducant, non tam acerbe cum eo agendum eſt*, quorſum etiam *promiſcua* *ſuc-*

A feudis datis ad oblata non valet conſequentia.

ſucceſſio pertinet. Vulgata alias iuris regula eſt, neminem ſuum iactare præſumi, renunciationes ſtricte eſſe interpretationis: quis ergo præſumeret, adeo offerentes rem eccleſiis dominium ſuum abdicaſſe, vt etiam filias ſuas a ſucceſſione excludere voluerint. Idem obſeruat THVMMERMVT *cit. tr. p.* 115. *n.* 91. aiens: *neque enim eſt probabile, quod quis ex iis, qui bona ſua pro feudo obtulerunt, ſanguinem ſuum, etiam in ſexu femineo, odio habeat, eumque domino feudi poſtponere voluerit, qui feudi materiam, quam dominus non habuit, de ſuo ſuppeditauit, ſine quo feudum eſſe non poſſet.* Addit *n.* 93. has rationes: *tum primo, quod in eo caſu vaſalli potius conferunt, quam recipiunt beneficium, tum quia recognoſcens odio non habuit ſuum ſanguinem, etiam in femina, d. l. maximum vitium C. de liberis præteritis, tum tertio, quod ne dominum quidem de excluſione feminarum vel aliorum heredum cogitaſſe veriſimile eſt, cum ipſe non tam concedat, quam accipiat beneficium, tum quarto, quod Principis conceſſio in eius præiudicium latiſſime ſit interpretanda, l. fin. D. de conſtitut. c. cum dilecti X. de donat. Weſenbec. de feudis c. l. n.* 9. *non autem in lucrum vertendum. Quibus addi poſſet, vaſallum feudum de re ſua conſtituentem in illo prouerbio, quod curuus ille Prælatorum baculus, neminem excludat, omnium hominum mentibus, ab omni antiquitate in fixo, tutum ſatis atque ſecurum ſe exiſtimantem, nunquam ſibi perſuaderi permiſiſſe, viros eccleſiaſticos ad tantam inhumanitatem prolapſuros, quod filias ex ſe natas, a bonis, a ſe, tam deuote ad ſeruitium ſui principis oblatis, excludere vellent. Nam eccleſia, teſte D. Auguſtino, non debet recipere eleemoſynas, per quas liberi priuarentur alimentis: et qui eleemoſynam dare vult, ordinate a ſe ipſo incipere debet, iuxta illud, miſerere animæ tuæ placens Deo. Auguſt. in enchiridio, et in ſecundo ſermone, de vita clericorum, text. in can. quicunque* 17. *qu.* 4. *eccleſiaſtic. c.* 30. *verſ.* 24. *c. placuit.* 13. *qu.* 2. *c. ſi quis reliquerit.*

 30. *diſt.*

30. *diſt.* FABER *in* §. *inteſtatorum inſtit. de bered. quæ ab inteſtato deferuntur.* *Iccirco recte docet Roſenthal, recognitionem patris in bonis propriis de feudo factam, in ſupplementum legitime reſcindi poſſe, cap. 6. concl. 68. n. 29.* *Tanto minus, contractus parentum per interpretationem erit detorquendus, contra veriſimilem mentem contrahentis, in necem heredum ex corpore vaſalli notorum, cum non ſit alienum a iure feudorum, ſecundum ſubiectam materiam nomine heredis etiam comprehendi feminam c. 1. de duobus fratribus a capitaneo inueſtitis, ibi quiſque enim ſibi, ſuisque heredibus videtur proſpexiſſe, l. ſi pactum D. de probat.* *Et multo minus contra maſculos, per feminas deſcendentes, c. 1. et ibi gl. de eo qui ſibi et hered. Nemo enim facile præſumitur tam amens, vt tanta ſeruitia ſibi imponere, et poſt mortem domini in ſucceſſione liberis ex ſe natis, præponere volet.* *Gæddæus d. conſil. 37. n. 723. 727. et 729. vol. 4.*

Obiectiones diluuntur.

§. VII. Ex his præſuppoſitis facile ſatisfieri poteſt, quæ huic ſententiæ obiicit COCCEIVS *diſſ. de feudis fuldenſibus cap. I. §. 5. ſqq.* (I) Fundamenti loco vtitur regula notiſſima, *quod iuri communi ſtandum, donec ei derogatum appareat.* Verum ius commune huic ſententiæ non reſiſtit, quod de his feudis plane non diſponit. (II) *Quod etſi derogatum ſit iuri communi, id tamen ita interpretandum, vt, quam minimum poſſit, ab eo recedatur.* Verum rurſus regero, in his feudis, quæ *præter ius commune* inualuerunt, proprie ab illo non recedi, quod de *feudis datis* tantummodo loquitur, a quibus *eccleſiaſtica,* prout hodie habentur, magnopere differunt, adeoque ex illis interpretationem accipere nequeunt. (III) Quod ratio adæquata, quod feminæ a feudis excludantur, non ſint ſeruitia militaria, ſed plures aliæ concurrentes, veluti *quod vaſallus in parium curia iudex ſit inter dominum et conuaſallum; quod etſi ſeruitia*

remiſſa

remiſſa ſint, *tamen alia capita iureiurando fidelitatis contineantur*, *vti celare ſecreta*, *conſilio adeſſe*; *quod virilibus officiis cœtibusque intereſſe feminam dedeceat*; *denique quod vaſallus feuda ad conſeruationem et ſplendorem familiæ acquirat*, *ex qua feminæ exeunt*. Verum enim vero ex hiſtoria de origine feudorum *primo cap.* relata, euidenter liquet, finem primarium feudorum fuiſſe *ſeruitia militaria*, quæ ex natura miniſterii, quod vaſallus præſtat, fidelitatem requirunt, ex qua *ſecundario* cetera fluunt, quæ antea recenſita, immo nec hæc ita comparata ſunt, vt *a ſtatu feminarum* prorſus abhorreant. Poſſe enim feminas etiam iuriſdictionem ordinariam exercere, experientia docet, et *c. 4. X. de arbitris* confirmat. Præterea rarius hodie vaſalli in conſilium domini feudi euocantur, quippe qui ordinarie conſilio ſecretiori inſtructus eſt, et quis dubitaret, quin etiam feminæ ſecreta celare poſſint? maſculi nonnunquam etiam pleni rimarum ſunt, huc, atque illuc diffluunt; immo nec neceſſe eſt, vt præciſe ſecreta vaſallis reuelentur, quæ hodie *ſecretiori conſilio* reſeruantur, quo inſtructi ſunt Epiſcopi et Prælati. Porro non abhorret a moribus noſtris, feminas eiuſmodi officiis intereſſe, quæ quoque in feminas cadunt, quod tot exempla *feudorum* promiſcuorum in Germania vſitatiſſimorum docent, ne dicam, de tali caſu feminas in nonnullis locis vel *maritum* vel *maſculum habilem* in ſui locum ſurrogare poſſe. Denique vltima ratio tangit feuda *acquiſita*, ſeu *data*, non *oblata*, quæ olim ab eccleſiis non dignitatis conſeruandæ gratia, ſed *deuotionis*, vel alia de cauſſa recognita ſunt, prout *cap. I. in f.* obſeruatum eſt. (IV) *Quod nullibi feuda eccleſiaſtica excipiantur*, *ne quidem vbi agitur de feudis eccleſiaſticis*. Facile hoc admitto, quia ius commune Longobardicum de eiuſmodi eccleſia-

ſticis

Digitized by Google

ſticis ſeudis qualia hodierna ſunt, plane non agit. (V) *Quod tantum ex more certæ eccleſiæ feminæ admittantur.* Ad hoc iam reſponſum *cap. II. in fin.* vbi fundamenta pro *generali præſumtione* ſucceſſionis promiſcuæ in his feudis adductæ ſunt. (VI) *Quod plures iuris interpretes hanc vulgi opinionem damnent,* **Krumbſtab ſchleuſt niemand aus,** vt ROSENTHAL *de feud. cap. VII. concl. XXXI. n. 6. et 7.* FICHARD. *vol. II. conſil. 15. n. 7. verſ. Ego vero, etſi non ignorem.* LVDWEL. *in tract. de ſucceſſ. feud. cap. VI. §. 1. in quæſt. 7.* RHETHIVS *in comment. iur. feud. lib. I. tit. I. verſ. Qui feudum dare poſſunt. n. 17. 18. 19. 20. pag. 58. et 59.* WEHNER *pract. obſ. voc.* Krumbſtab. Sed non auctoritatibus pugnandum, verum rationibus iuris. Quin nec noſtræ ſententiæ patroni, iique celeberrimi, deſunt, qui illam propugnant, vt SANDE *tit. III. de conſuetud. feud. Gelr. §. 7. n. 2. 3. et ſqq.* ROLANDVS *conſil. XLVIII.* SCHILTERVS et HERTIVS *cap. II. §. 10.* allegati, et quos præterea in hanc ſententiam trahunt KLOCK. *tom. II. conſil. 10. n. 40. et ſqq.* et FHVMMERMVT *cit. tr. p. 42. n. 75. et ſqq.* et paſſim alibi. (VII) *Quod nulla probabilis ratio pro noſtra ſententia militet,* quam tamen ex antea dictis ſatis patere cenſeo.

Referuntur feuda eccleſiaſtica promiſcua.

Vt Fuldenſia.

§. VIII. Supereſt, vt per *inductionem* tot feudorum eccleſiaſticorum Germaniæ, ſententiam noſtram firmemus. Primo loco occurunt *feuda Fuldenſia,* quæ indubie ad illa, quæ *promiſcua* vocantur, pertinent, quod non tantum COCCEIVS *in diſſ. de feud. Fuldenſ.* aperte fatetur, ſed præterea ex ſequente atteſtato curiæ feudalis Fuldenſis, perſpicuum eſt: Von GOttes Gnaden Wir Adalbertus, Abbt des Stiffts Fulda, des Heiligen Römiſchen Reichs Fürſt, Röm Kayſerin Ertz-Cantzlar, durch Germanien, Gallien Primas etc. Fügen hiermit allen und jeden, denen dieſer Unſer offen Brieff vorkommt, zu wiſſen, was

Maſ-

Maſſen Unſer und Unſers Fürſtl. Stifts verſchiedliche Vaſallen in Unterthänigkeit gebeten, und erſuchet, daß Wir ihnen zu Steuer der Wahrheit, und Beförderung der heylſamen Iuſtitien eine Urkund, was es umb Unſer und Unſers Stifts Lehnen, deren Natur, Eigenſchaft, Recht und Herkommen vor eine Bewanntniß habe, in beglaubter Form mittheilen wollen; Demnach ſo bekennen, urkunden und bezeugen Wir, der Wahrheit, auch Billigkeit zu ſteuer, daß Unſers Stifts Herkommen, Gewohnheit und Recht iſt, daß Fuldiſche Lehn, ſo nicht zu Mann-Lehn geliehen, oder keine Burg-Lehen genennet werden, noch durch beſtändige Burg-Frieden oder andere, bey Unſerm Fürſtl. Lehn-Hofe inſinuiret, confirmiret und beſtättigte rechtmäßige Verträge geändert, ſondern die Erbfälle, an ſich ſelbſt frey ſeyn, des letzt-verſtorbenen nechſte Freunde und Perſohnen vom Geblüt oder Sipſchaft von dem erſten Acquirenten entſproſſen, beede, Mann- und Weibliches Geſchlechts, doch mit dieſem Unterſcheid erben, und ſuccediren, daß, wo der letzt-verſtorbene Vaſall Söhne und Töchter hinterlaſſen, die Söhne denen Töchtern, in Ermangelung oder Abſterben der Söhne aber die Töchter denen Agnaten oder Vettern, ſo weiter in der Sipſchaft dem Verſtorbenen verwandt (ohnangeſehen, daß ſie auch von dem Stammen des erſten acquirenten ſeynd) præferirt und vorgezogen werden, hinterläſſet der Verſtorbene aber allein Agnaten, Vetter und Baaſen diſparis gradus, ſo ſuccedirt, qui proximior eſt in gradu, ſiue mas ſiue femina ſit; ſi vero eiuſdem gradus ſint, omnes ſimul ſuccedent, ſiue mares ſiue feminæ, doch daß ſie von dem Geblüt des erſten acquirenten herrühren, als welche des Verſtorbenen übrige nechſte Freunde und Erben (da deren etliche verhanden wären) ſo nicht von dem erſten Acquirenten ſeynd, von der Lehns-Folge und Succeſſion gäntzlich ausſchlieſſen; Daß

alles, weilen es an Unſers Stifts und Lehn-Hof und Lehn-Mann gericht, als ein Herkommen und rechtliche Gewohnheit vor dieſem alſo geweſen, auch von Unſern mit ſeel. Vorfahren auf Uns in Ubung alſo herkommen, desgleichen auch vor Recht erkannt, und in Unſerer Cantzley befunden worden, haben Wir Obgebethenen maſſen ſolches männiglich nicht verhalten ſollen, und zu deſſen mehrer Bekräftigung Unſer Secret-Inſiegel hieran wiſſentlich aufdrucken laſſen, ſo geſchehen in Unſer Stadt Fuldt den 16ten Aprilis 1705. De *Colonienſibus* feudis tot diplomata et alia argumanta adduxit THVMMERMVT, vt de eo non adeo dubitandum ſit. De feudis *Hirſchfeldenſibus* teſtatur IOHANNES FICHARDVS *vol. I. conſil. 17. n. 16.* et VVLTEIVS *lib. I. de feud. c. IX. n. 48.* De *Monaſterienſibus* et *Leodicenſibus* idem docet GOEDDEVS *vol. IV. conſil. Marp. 37. n. 794. et 795.* SANDE *cit. l. n. 30.* qui etiam *n. 4.* feuda *Oſnabrugenſia* huc refert. Feuda *Treuirenſia* eiuſdem olim ſortis fuiſſe, vel inde probabile eſt, quod demum Archiepiſcopus per diploma a CAROLO IV. obtentum, feudorum naturam immutare tentauerit, vt oſtendit THVMMERMVT *cit. l. p. 43. n. 56. et ſqq. et pag. 135. n. 9. et ſqq.* Idem de feudis Epiſcopatus *Metenſis* docet GOEDDEVS *cit. l. n. 710. et ſqq.* et de *Corueienſibus* KNICHEN *de inueſtiturarum pactionibus cap. IV. n. 64.* Idem quoque confirmat de *Traiectenſibus* SANDE *cit. l. n. 57.* Conf. HERTIVS *de feud. oblat. cap. II. §. 37.* WEHNER *vid.* Krummbſtab. TABOR *t. F. 1. p. 30.* Denique quamuis in nonnullis diœceſibus ratio ſuccedendi, iuri feudali communi congrua, diuturna temporis obſeruantia recepta ſit, id tamen magis ad *exceptionem* quam *regulam* pertinet, cum plura ex erronea *iuris Longobardici* interpretatione, vel etiam ignorantia, in conſuetudinem abierint, prout Epiſcopo-

Colonienſia.

Hirſchfeldenſia.

Monaſterienſia.

Oſnabrugenſia.

Treuirenſia.

Metenſia.

Corueienſia.

Traiectenſia.

Cur in aliis diœceſibus diuerſum obtinet?

ſcoporum potentia præualuit, vel officiales, quibus Prælati inſtructi fuerunt, ſuggeſtionibus ſuis, ex iure Longobardico petitis, Prælatos in deuia deduxerint. Idem recte obſeruat COCCEIVS *de feud. fuldenſ. c. II. §. 5.* aſſerens, *faciliores abbates in admittendis feminis forte et impotentiores quandoque fuiſſe, quam vt moribus his inualeſcentibus obſtare potuerint, cum in maioribus Germaniæ feudis eccleſiaſticis, quæ ſceptro conceduntur,* **Scepterlehn,** *vſus ille rarior ſit perinde ac in ſingularibus;* quamuis vſum etiam in his non adeo rarum eſſe, hactenus oſtenſum ſit.

Appellatio **des Manns Lehns** *non excludit feminas nec* **des rechten Lehns.**

§. IX. Atque hæc quidem eo pertinent, vt quid *in dubio* de his feudis dicendum ſit, inde appareat. Ante omnia enim *litteræ inueſtituræ* inſpici debent, quibus omnino ſtandum, ſi diſerte tantum ſucceſſio ad *maſculos* reſtricta eſt. Hoc tamen inde colligi nequit, ſi res in feudum data eſt **zum rechten Lehen,** quod vel diploma a HERTIO *de feud. oblat. P. III. n. 3.* oſtendit, in quo GERLACHVS Archiepiſcopus Moguntinus anno. 1356. feudum oblatum contulit **zu rechten Lehen,** cum hac tamen clauſula: **und han wir ihn und ſeinen rechten Erben, Söhnen und Töchtern, von unſern Nachkommen Stiftswegen den Berg und Burg ꝛc. zu rechten Lehen ewiglich geliehen.** Nam **ein recht Lehen** in genere dicitur feudum, quatenus aliis iuribus affinibus opponitur, et ab eo diſtinguitur. Conf. THVMMERMVT *cit. tr. p. 196.* Idem dicendum, ſi feudum conceſſum **zu rechter Mannſchaft und Lehenſchaft** ex eadem ratione, cum **Mannſchaft** nihil vlterius inuoluat, quam in genere *qualitatem feudalem.* GOEDDEVS *vol. IV. conſil. 37. n. 744.* SCHILTER *ad ius feud. Allem. cap. XLIII. §. 6.* Immo adhuc idem dicendum, ſi feudum conceſſum **zu rechten Mannlehen,** vt SCHILTERVS *cit.*

cit. l. cap. LXVII. §. *3.* aliquot diplomatibus probat; plenius autem illuſtrat THVMMERMVT *p. 30. n. 34. et ſqq.* vbi *p. 33.* reuerſales Volmari von dem Weinhof adducuntur, quibus fatetur, ſe accepiſſe zu rechten Mannlehen, certa prædia von wegen Ludger ſeiner ehelige Hausfrau. Nam vox Mann in genere *vaſallum cuiuſcunque ſexus* denotat. Vnde et Mann-Gut, nihil aliud eſt, quam *Prædium feudale*, das man zu Lehen empfangen, verdienen, und vermannen ſolle. Vnde etiam *feuda hereditaria* dicuntur Erb-Mann-Lehen in diplomate apud THVMMERMVT *p. 93.* quod IDEM vlterius illuſtrat *p. 205.* oſtenditque variis exemplis, etiam in *feudis promiſcuis* hanc appellationem vſitatam eſſe.

Non tamen quauis feuda eccleſiaſtica ſunt hereditaria.

§. X. Inde tamen non ſtatim fluit, feuda eccleſiaſtica quoque eſſe *mere hereditaria*, et *alienabilia*, cum hæ qualitates peculiares feudi rationem quoad maximam partem deſtruant, efficiantque, vt fere nunquam ad eccleſiam reuerti poſſint, et *dominium* eius *directum* fere annihilent. Interim non dubium eſt, quin conſuetudine etiam hæc feuda eam accipere poſſint naturam, vt mere *hereditaria* ſint, adeo vt etiam de iis teſtandi facultas permiſſa ſit, quod feudorum nonnullorum Colonienſium exemplis docet THVMMERMVT *cit. tr. n. 37. et ſqq.* Libere quoque plura alienata fuiſſe, IDEM *p. 149. et ſqq.* variis exemplis docet, in primis vero *p. 162.* latius illuſtrat, quæ ipſa oſtendunt, feuda Colonienſia admodum deſciuiſſe ab *ordinaria feudorum ratione*, quamuis de his non temere *argumentum generale* ad alia feuda eccleſiaſtica trahendum ſit. Eadem diuerſitas occurrit in feudis etiam ſecularibus, quæ ex *natura oblationis* alibi *liberiorem*, alibi *reſtrictiorem* acceperunt naturam, prout indoles populi, domini feudi auctoritas, aliæque circum-

cumſtantiæ id permiſerunt. Sunt plura hereditaria et alienabilia, vt feuda Pomeranica, Luſatica etc. quia ex oblatione maiorum originem trahunt: alia itidem ex eodem fonte alibi promanant, nec tamen ſunt hereditaria, ſed tantum promiſcua.

§. XI. Quia itaque rariora ſunt *mere hereditaria*, et *alienabilia*, frequentiora vero *feminina*, magis pro his, quam pro illis præſumtio eſt, et ſic quoque ſucceſſio in feudis eccleſiaſticis *in dubio* ſecundum horum naturam æſtimanda, vti ex adducto teſtimonio de *feudis Fuldenſibus* apparet. Equidem in teſtimonio de anno 1551. quod adducit COCCEIVS *cit. l. c. II.* §. 1. dicitur: Daß deß verſtorbenen nechſten Freunde und Perſohnen vom Geblüthe oder Sipſchafft beydes Männl. oder Weibl. Geſchlechts ohne Unterſcheid erben: in eo vero, quod §. 8. *de an.* 1705. adductum eſt, et *praxin recentiorem* continet, *diſtinctio ſexus* attenditur, vt filii excludant filias, et ſic cum illis ſimul non ſuccedant, quod feudorum rationi magis conueniens eſt, prout ipſe COCCEIVS *cit. l.* §. 3. exiſtimat, interim tamen §. 6. addit, olim de ea re dubitatum fuiſſe, ex multis tamen rationibus priorem ſententiam præferendam eſſe, quas §. 7. adducit. In defectu filiorum *filiæ*, admittuntur, excluduntque agnatos in diuerſa linea exiſtentes, quod itidem ſucceſſioni iuris feudalis, illiſque rationibus, quæ ſupra adductæ ſunt, conueniens eſt. His quoque deficientibus, in *collaterali linea feminæ eiuſdem gradus cum maſculis* ſimul concurrunt, et proximiores excludunt maſculos remotiores, vti aperte teſtimonium adductum docet, et COCCEIVS *cit. l.* §. 8. confirmat.

Feuda Fuldenſia non ſunt hereditaria.

Filiæ admittuntur in defectu filiorum.

§. XII. Maior ratio dubitandi eſt, *an in his feudis etiam ſuccedant aſcendentes, et collaterales, qui a primo acquirente non deſcendunt?* Equidem vbi hæc feuda *mere hereditaria* ſunt, vt feuda

Non ſuccedunt aſcendentes et collaterales qui

non trahunt ſanguinem a primo acquirente.

feuda inſtar *allodialium* habeantur, de eo nulla ſupereſt dubitatio, quod de *feudis Colonienſibus* contendit THVMMERMVT *cit. l.* Aſt quia non omnia feuda eccleſiaſtica hanc naturam irregularem habent, in dubio contrarium potius ſtatuendum, quod etiam de *feudis Fuldenſibus* adſtruit COCCEIVS *cit. l.* §. *11. et 12.* Fauor enim, qui pro *deſcendentibus* ex primo acquirente militat, quibusque primus acquirens per *oblationem* factam præiudicare noluiſſe videtur, non æque militat pro aſcendentibus et reliquis collateralibus, præſertim cum horum ſucceſſio in feudis prorſus inſolita ſit, et qui rem in feudum eccleſiæ offert, id ea intentione feciſſe videtur, vt, exſtincta propaſia cuiuſcunque ſexus offerentis, feudum ad eccleſiam redeat, præſertim cum in feudis etiam femineis idem obtineat *2. F. 17.* Nec obſtat generalitas vulgati prouerbii: Krumbſtab ſchleuſt niemand aus, quod ſicuti per ſe legem non conſtituit, ita quoque ex natura feudorum interpretationem recipit, vt voce niemand intelligantur, qui ex primo feudi auctore originem trahunt, cuiuſcunque ſexus ſint.

De feudis eccleſiaſticis agitur in iudicio feudali eccleſiaſtico.

§. XIII. Plura præterea ex *natura feudorum eccleſiaſticorum* fluunt, quæ ſummo tantum, quod aiunt, digito indicabimus. (1) De his feudis ſine dubio iudex competens eſt *Prælatus*, tanquam *feudi dominus*, *c. 7. X. de foro compet.* SCHRADERVS *de feud. P. X. ſect. 1. n. 4.* quamuis non coram *officiali*, qui alias de *cauſſis eccleſiaſticis aliis* cognoſcit, ſed coram *Prælato et paribus curiæ* cauſſæ feudales peragantur. Ceterum Capitulum cathedrale, ſede vacante, non ſuccedere in iuriſdictionem feudalem ſtatuit PIRRHINGIVS *ad tit. de maiorit. et obed. n. 52.* quod in iis, quæ Epiſcopo *iure ſpeciali et extraordinario* competunt, Capitulum non ſuccedat. Hunc in finem

Capitulum de illis non cognoſcit.

pro-

prouocant ad *c. 7. X. de foro compet.* vbi dicitur, *quod ex quo Epiſcopus fuerit in eccleſia conſecratus, de feudis ipſis ſub ſuo iudicio cognoſcatur, ſi ad eccleſiaſticam cognitionem pertineant.* Verum non fuit hic quæſtio, vtrum Epiſcopus tantum de feudo cognoſcere poſſit, excluſo Capitulo, ſed potius, vtrum Epiſcopus *ante conſecrationem*, vel *confirmationem*, de iis cognoſcere poſſit? quod olim non licuit, cum ad minimum ad exercitium iurium epiſcopalium confirmatio papalis deſideretur, *c. 9. X. de elect.* quod tamen Prælatis, extra Italiam electis, remiſſum eſt. Maior ratio dubitandi inde naſcitur, quod Capitulum non ſuccedat in *pro-dominium directum*, ex quo *iuriſdictio feudalis* dependet, qua de cauſſa FERMOSINVS *de poteſt. capituli ſede vacante tr. I. qu. 16. n. 1.* tum demum iuriſdictionem hanc in Capitulum tranſire ait, ſi ipſum feudum Epiſcopo et capitulo commune eſt, quod etiam rationem habet. Conf. LEVRENIVS *de Vicario Epiſcopi qu. 584. n. 2.* (II) De *appellatione* quoque ex principiis hactenus iactis iudicium formandum eſt. Equidem MYNSINGER *cent. V. Obſ. V. n. 3.* generatim aſſerit, quodſi dominus eſt *perſona eccleſiaſtica*, appellatio dirigenda ſit ad *eccleſiaſticum*; ſin *ſecularis*, ad *ſecularem*, quod vel inde probabile eſt, quia feuda eccleſiaſtica iure *bonorum eccleſiaſticorum* cenſentur, quæ ad *iudicium eccleſiaſticum* ſpectant. E contrario ROSENTHAL *de feud. cap. XII. concl. XX. n. 5. et 6.* in contrariam tranſit ſententiam, aſſerens, *quod licet Prælatus tanquam eccleſiæ adminiſtrator procuratorque feuda poſſideat, ex ſtylo Germaniæ tamen inconcuſſo, et obſeruantia quotidiana ad ſuperiorem ſecularem appellatio dirigenda ſit, niſi Papa ſit dominus ſuperior,* prout in *not. lit. d.* ſubiungit, et VVLTEIVS *lib. II. de feud. cap. III. n. 4.* approbat, quando autem Papa ſuperior

A iudicio feudali eccleſiaſtico appellatur ad ſumma Imperii tribunalia.

rior dominus ſit, non determinat. Conf. L. B. *de* LYNCKER *ad Struuii ſynt. iur. feud. aph. X. n. 2. in f.* Equidem ſi Prælati de bonis, quæ ab imperio tenent, quidquam *in ſubfeudum* vaſallis dederint, res ſalua eſt. Si vero de hoc non conſtat, præſumtio vtique eſt, feuda *ex oblationibus* maiorum eccleſiis obueniſſe, quæ ita quodammodo in patrimonium eccleſiæ tranſiuerunt. Verum quia, non obſtante hac oblatione, non abſolute iure ceterorum bonorum eccleſiaſticorum cenſentur, a laicis adhuc poſſidentur, et ad vſum ſecularem adhuc adhibentur, nec, quod primarium fundamentum eſt, ſuper illis non in *foro eccleſiaſtico ordinario*, ſed *curia feudali* diſceptatur, inde ſine dubio praxis Germaniæ, ad quam prouocat ROSENTHAL, inualuit. Accedit denique, quod hoc *iudicium feudale* fere mere *ſeculare* ſit, conſiſtens ex perſonis ſecularibus ex iudice feudali paribusque curiæ, non proprie *eccleſiaſticum*, quin potius aperte ab eo diſtinguatur et *cauſſæ feudales* ſua natura magis *ſeculares* ſint, quam *eccleſiaſticæ* licet pro obiecto rem eccleſiaſticam vel quaſi habeant. Tunc ergo ad Papam tantum appellatur, quando vt *ſubfeuda* intuitu Pontificis conſiderari poſſunt, qualia vix in Germania dantur. Inde quoque eſt (III) quod ſi inter Prælatum et vaſallum ſit ſuper feudo contentio, et Prælatus tanquam dominus feudi *rei* vicem ſuſtineat, non ad Archiepiſcopum, ſed ad *pares curiæ* cauſſa deuoluatur. SCHRADER *de feud. P. X. ſect. V. n. 2.*

Pares curiæ iudicant ſi inter dominum feudi et vaſallum lis ſit.

Prælatus non adeo rigide procedere poteſt, ſi per culpam quid admiſſum.

§. XIV. Denique (IV.) in feudis eccleſiaſticis Prælatus non adeo rigide circa *feloniam* commiſſam procedere poteſt, maxime ſi magis *per culpam* quam *dolum* hæc commiſſa fuerit, vtpote ſi debito tempore renouatio inueſtituræ non fuerit petita, cum hæc bona non tam *liberalitati domini feudi*, quam ipſo-

ipſorum *vaſallorum* accepta ferenda ſint. FELTMAN. *lib. I. de titul. honor. c. 45. §. 21.* BESOLD. *in theſ. pract. lit. a. n.102.* voce **aufgetragen Lehn.** Alias ſi grauius quid *per dolum* in Prælatum commiſſum ſit, non dubium eſt, quin feudo priuari poſſint; vid. ROSENTHAL *de feud. c. X. concl. XX. n. 1.* veluti ſi rectorem eccleſiæ occiderint, *cap. 12. X. de pæn.* BARBOSA *de iure eccleſ. lib. III. cap. XIV. n.55.* quorſum etiam referunt, ſi in hæreſin inciderint, *c. 9. X. de hæretic.* BARBOSA *cit. l. n. 46.* vel ſi ſtatuta et leges contra libertatem eccleſiæ condiderint, aut decimas non ſoluerint. SCHRADER *P. IX. de feud. cap. VIII. n. 16. et 17.* Ratio prioris eſt, quod hæreticus non poſſit dignus ſtare in curia domini, poſterioris vero, quod ingratus erga eccleſiam dicendus ſit, qui id, quod eccleſiæ debetur, non reſtituit, quæ rationes ipſæ Papatui admodum conformes ſunt. Ipſa remiſſio feloniæ ſpectat ad Prælatum, tanquam *pro-dominum feudi*, etiam non concurrente Capitulo, niſi collatio eius ſimul ad Capitulum ſpectet, vid. SCHRADER *de feud. II. P. IX. Part. ſect. XIV. n.39.* præſertim ſi res ab antiquo ſint infeudari ſolitæ, prout omnia feuda eccleſiaſtica ex primordiali ſua natura *in dubio* eſſe videntur. vid. ROSENTHAL *c. X. concl. XXXVIII. n. 9. et ſqq.* Sed retrahenda tandem ſunt vela, ne limites iuſtæ diſputationis tranſcendam, quamuis adhuc plures aliæ ſimiles concluſiones ſuperaddi poſſent.

An prælatus feloniam remittere poſſit inconſulto capitulo?

EXERCITATIO XXXIX.
AD LIBR. VI. PAND. TIT. III.
DE
IVRE CVSTODIENDI REDITVS VACANTIS BENEFICII.

ARGVMENTVM.

§. *I. Vtilitas ex iurium antiquitatibus indagandis ſperanda. II. Argumenti dignitas et vſus. III. Cuſtodia beneficii vacantis quid? IV. Feuda olim morte vaſalli vacabant. V. Quibus ex cauſſis ſucceſſoria reddita ſunt? VI. Feudum apertum vſque ad nouam collationem in Domini directi cuſtodia erat, in primis pendente ſucceſſoris vaſalli minorennitate. Inde nata tutela fructuaria. VII. Quibus ex cauſſis cuſtodia feudalis ab vſu receſſerit? VIII. Eius vſus ſeruatus in tutelis illuſtrium. IX. Iura beneficiorum tranſlata ſunt ad clericos et bona eccleſiaſtica. X. Eccleſia cathedralis vacans olim ſub cuſtodia erat viſitatoris, minorum beneficiorum ſub cuſtodia epiſcopi. XI. Ius regium in imperio Francico in prælaturis conferendis: vnde natum ius cuſtodiæ et regaliarum. Eius abuſus. XII. Ius Cuſtodiæ epiſcoporum. Ius deſertus. Idem vſurparunt archidiaconi. XIII. Comites, Duces, et patroni id exercuerunt. Tandem laicis ereptum eſt.*

§. I.

Antiquitatis ſtudii encomium et præſtantia,

Magna merito eſt antiquitatis veneratio et rerum olim in vita ciuili geſtarum memoria. a) Hæc non tantum iucunda, ſed ad

a) Hæc fuit olim ſententia PLINII SECVNDI *lib. VIII. ep.* 24. hæc præcepta MAXIMO, cui ſcribit, dantis: *reuerere gloriam veterem et hanc ipſam ſenectutem, quæ in homine venerabilis, in vrbibus ſacra eſt: ſit apud te honor antiquitatis, ſit ingentibus factis, ſit fabulis quoque.* Hanc ob cauſſam etiam

ad multa vtilis, vt præclare innuit, CICERO, b) immo ad origines rerum indagandas neceſſaria. Nihil magis rei iuridicæ profuit, nihil magis eius cultum eximium promouit, quam antiquitatum *eccleſiaſticarum* pariter ac ciuilium h. e. *Romanarum* et *Germanicarum* exacta notitia ad iuriſprudentiam allata, c) adeo, vt hi, qui ſtatum *veterum iurium*, licet præſenti reipublicæ conditioni minus conuenientium amplius, ſed iam extinctorum, e tenebris in lucem deduxerunt, oleum et operam perdidiſſe, minime dici poſſint. Etenim (I) ſicuti ab effectu ad cauſſam recte argumentamur, ita hæc iura, quæ antiquitus obti- *ac vtilitas multiplex.*

iam MACROBIVS *lib. III. Saturn. c.* 14. recte cenſuit, *vetuſtatem nobis, ſi ſapimus, ſemper adorandam eſſe*, cuius recordatio plena eſt doctrinæ, eruditionis et ſuauitatis.

b) *Lib. III. in Verrem* hoc modo rationes ſubducens: *exſpectant ii, qui audiunt, exempla ex vetere memoria et monumentis ac litteris plena dignitatis et antiquitatis. Hæc plurimum ſolent et auctoritatis habere ad probandum et iucunditatis ad audiendum.* Nihil ſuauius eſt monumentorum eccleſiaſticorum veterum lectione, ad veritatem in religione et diſciplina eccleſiaſtica indagandam non tantum perutilis, ſed etiam neceſſaria, quæ dulcem operatur memoriam integritatis et puritatis eccleſiaſticæ, qua hodie plures eccleſiæ deſtituuntur. Exultat animus ſeduli antiquitatum indagatoris, ſi deprehendit, ſe hac via ſcopulos vbique occurrentes euitare et recto tramite in quocunque argumento procedere, prætextusque inanes a veris cauſſis diſcernere poſſe, quorum vbique copia abundat campus, in quo militant eruditi.

c) Pleraque ab *antiquis moribus* petuntur, qui *ius non ſcriptum* ſeu ſcriptura non definitum et determinatum, conſtituunt. Etiam hi ſuum fundamentum habent, quod nihil ratione ſufficiente careat. Hoc vero vnde aliter cognoſcitur, quam ex antiquo ſtatu eccleſiæ atque rei tum publicæ, tum domeſticæ, vt interpretes, qui iura eccleſiaſtica, publica, feudalia et priuata exponunt, egregie huc vſque demonſtrarunt. Infinitis obuoluta tenebris fuit iuriſprudentia, quamdiu interpretum animus ab antiquis moribus indagandis et ex veteribus fontibus eruendis abhorruit. Illuſtrior vero longe facta eſt eius facies, poſtquam ardor, ſenectutem ipſam morum iam dudum ſepultorum in lucem protrahendi, plerorumque animos incendit, ceu prolixius expoſui in *præfat. ad Briſſonii tract. de verb. ſignificat.* a B. HEINECCIO in nouam conſectum formam et multis auctum acceſſionibus et ſupra in *exercit. III.*

obtinuerunt, rerum ciuilium et eccleſiaſticarum veras rationes oſtendunt, perſpicuum earum conceptum nobis ingenerant, et differentiam negotiorum *antiquorum* ac *præſentium*, quæ tamen ab illis promanant, innuunt, d) docentque qua cautione in antiquis iuribus applicandis et in concluſionibus diiudicandis verſandum ſit. (II) Hæc explicando ſimul deducimur in veros rerum et ſtatus antiqui e) primos ortus, ſine quibus facies *iuriſ-*

d) In Germania præſertim, quæ infinita ex antiquis retinuit moribus, ſed per infelicitatem ſæculi, nimis iuribus peregrinis addicti, plura admiſcuit ex iure Romano, a rationibus rerum germanicarum admodum alieno; quæ ſedulo tamen diſcernenda, vt vel exemplum communionis bonorum inter coniuges olim per Germaniam vſitatæ docet; vnde plura hodie in quibuſdam prouinciis ſuperſunt rudera, per iuris peregrini receptionem non parum corrupta. In quibuſdam tamen in priſco perſtitit ſtatu incorrupta, quæ vnice ex antiquis ſunt indaganda et explicanda principiis iuris Germanici, iure Romano prorſus remoto, in quo ICti veteres magnopere a via aberrarunt. In iure publico præſertim originum notitia infinitos errores detexit, vt recte dixerit illuſtris de COCCEII in *iuris publici prudentia*. hiſtoriam antiquitatum Germanicarum omne ferre punctum et dimidiam huius iuris notitiæ partem abſoluere. Et quid dicam de *iure eccleſiaſtico*, tot erroribus hodie adhuc infecto, qui tamen aliter detegi non poſſunt, quam ex diſciplina antiqua eccleſiaſtica. Sacerdotem *ordinatum* non poſſe reuerti ad ſtatum ſecularem, Tridentini docent, characterem indelebilem animæ ordinati impreſſum fingentes. Hanc doctrinam ignorauit purior priſcæ eccleſiæ ſententia, quæ ſacerdotes et ipſos epiſcopos lapſos vel aliter delinquentes ad *communionem laicorum* deduxit, quæ, quid fuerit, demum monumenta priſci æui docent, et ab hodierna contorta explicatione liberant. Hoc præſidio vtuntur proteſtantes, ſacerdotibus ſuis, vt ſtatum mutare poſſint, indulgentes; de aliis infinitis moribus vt nihil dicam.

e) Status eccleſiaſtici antiqui ſyſtema varie concipiunt eruditi, ſuisque applicant ſacris, prout ratio eccleſiæ, cui nomen dederunt, id poſtulat, vt pluribus docui in *præfat. tom. V. iur. eccleſ. proteſtant.* vnde tamen iura eorum antiqua æſtimanda ſunt. Qui eccleſiam antiquam ſub ſyſtemate *reipublicæ independentis* concipiendam eſſe, ſibi prorſus imaginantur, longe diuerſa iura his tribuunt, quam hi, qui *æqualis collegii* iura illis competiiſſe recte aſſerunt, cuius contentionis fundamenta tamen vnice ex primæ eccleſiæ inſtitutis et vſu agendi trahenda ſunt. Qui antiquorum et hodiernorum epiſcoporum poteſtatem inter

iuriſprudentiæ hodiernæ non recte illuſtrari et intelligi poteſt. (III) Quotidie legendo terimus monumenta veterum ſcriptorum: diplomata et vetera monumenta e tenebris eruimus atque leges antiquas, decreta patrum et conciliorum ad neceſſarium vſum euoluimus, quorum nemo mentem et rationes capere, et ſic nec vim probandi vllam inde petere, nexumque verum negotiorum oſtendere poteſt, cuius indagatio tamen ad repellendos et aperiendos contradicentium errores magnopere iuuat. f) Denique (IV) iactura iurium antiquorum eorumque amiſſio ſæpe nobis aperit aditum ad fontes eruendos, quibus factum, vt ea abolita vel per iniuriam antiquis poſſeſſoribus erepta fuerint, quorum tamen legitimam poteſtatem, ab aduerſariis negatam, habuerunt, cuius vindices, veritatis ſtudio ducti, eſſe debemus. g)

§. II.

inter ſe confert et alia ad diſciplinam veterem et præſentem pertinentia in Romana eccleſia intuetur, ſe in nouo plane orbe viuere, facile exiſtimabit, id quod demum priſcorum iurium eccleſiaſticorum ſedula euolutio docuit.

f) Bellum graue admodum nuper exortum eſt de ſtatu antiquo *miniſterialium* in Germania, vt ſcripta publica hoc de argumento edita, docent. Nobilitati immediatæ qui nimis indulgent et ab ea conducti videntur, conceptum eorum genuinum prorſus deprauant, et ignominiam ſeruilis conditionis ab iis remouere, contra fidem geſtorum, ſatagunt. Neutri qui parti addicti ſunt, ex rationibus, Germanicæ nobilitati olim propriis, facile demonſtrant, quæ eorum fuerit conditio et ratio, inter quos præcipue laudandus eſt IO. PETR. de LVDEWIG in *iurib. feudor. c. III. §. 10. p.* 134. ſqq. qui ſuccincte ex rationibus ſolidis ſtatum eorum enucleat. In *iure patronatus* percontando multum ſitum eſſe, omnes norunt, qui iuris hodierni, patronis in dubium vocati, propugnationem ſuſcipiunt, et deprauatum conceptum a vero ſeparare allaborant.

g) Plura iura imperatoribus erepta ſunt, legitimo exercita titulo, quorum vindices priſci æui ICti eſſe non potuerunt, præſidiis neceſſariis antiquitatum deſtituti. Huc refero inueſtituram per annulum et baculum, ius regaliarum et ſimilia per iniuriam iis a curia Romana in tenebris vniuerſalibus erepta, vt infra declarabo.

Progreſſus ad præſens argumentum;

§. II. Quæ cum ita ſint, non inutilem me ſuſcepturum laborem credidi, ſi de *iure* antiquo ſed hodie fere antiquato *cuſtodiendi reditus vacantis beneficii*, tum in *feudis*, tum in ipſis *beneficiis eccleſiaſticis* olim vſitati, h) meditationem inſtituerem, eiusque rationes et fundamenta ex priſtina feudorum et dominii, quod domino feudi competit, indole, deducerem, et quibuſdam obſeruationibus exornarem.

Cuius vtilitas monſtratur.

Deducit hæc ipſa nos ad legitimam feudorum antiquorum originem et imaginem pernoſcendam i) oſtenditque, quam inſigni pondere vires priſci

h) Feuda olim etiam *beneficia* dicta, immo hanc appellationem in illis antiquiorem, et a *feudis* ad *officia eccleſiaſtica* tractam fuiſſe tralatitium eſt: vſus tamen pedetentim hæc duo diſtinxit, vt, *ius clericis tributum, percipiendi reditus certorum bonorum eccleſiaſticorum, eccleſiaſtico officio iure perpetuo, auctoritate ſacra, aſſignatorum ob officium eccleſiaſticum*, hodie vocemus ſtricte *beneficium*; et *perceptionem commodorum conceſſorum ſub nexu ſpecialis fidelitatis* nunc *feudum* appellemus. Quamuis vero appellatio *beneficii* quibuſcunque officiis ſacris, conſtantibus reditibus inſtructis, applicetur, expeditum tamen eſt, *beneficia iuris patronatus* olim propius feudis acceſſiſſe, quod ob *ſeruitia domeſtica ſacra* a patrono h. e. domino præſtanda, hæc collata fuerint, et in iis fides eorum cum reuerentia coniuncta ſeſe exſeruerit. Poſtquam vero eccleſiæ, iuri patronatus ſubiectæ, in parochias, et ſacra priuata ſeu domeſtica extraordinaria in *publica* et *ordinaria* mutata ſunt, paullatim declinarunt a vera ratione feudorum, quod reuerentiam quidem adhuc patrono, vt collatori, paſtores debeant, *officium* tamen *ſacrum*, hodie publicum ſit in vſum omnium parochianorum, non ſolius patroni, exercendum. Interim *beneficia eccleſiaſtica* quæuis adeo feudis accedunt, vt facile inſtituta feudalia ad ea tracta fuerint.

i) Loquor de *feudis antiquis*, quæ in prima ſua origine non erant in liberos *ſucceſſoria* aut *hereditaria*, æque vt *beneficia eccleſiaſtica*. Aeque illa olim exſpirabant *morte vaſalli*, ſicuti hæc *morte clerici*, et ſic *de nouo* ſucceſſori conferenda erant, adeo vt, ſicut olim hæc collatio in feudis *arbitraria* et *precaria* fuit, ita etiam ab initio olim *collatio certi beneficii*, vnde clerici paſcerentur, in arbitrio et poteſtate epiſcopi fuerit, vt oſtendit THOMASSINVS *de vet. et noua eccleſ. diſcipl. P. III. lib. II. c.* 16. §. 4. ſqq. Sicuti vero pedetentim feuda per ſucceſſionem in liberos deuoluta ſunt, vt tamen hi *noua inueſtitura* indigeant, ita pariter *beneficia eccleſiaſtica* perpetuos ſucceſſores, de nouo dan-

priſci dominii, quod *directum* hodie vocant, præualuerint dominio feudorum hodierno, iura vero vaſallorum precaria et temporaria ab hodierna eorum poteſtate diſcriminata fuerint. Intereſt præterea noſtra, noſſe iura antiqua, quorum in antiquis diplomatibus aliisque monumentis mentio iniicitur, et quorum rudera adhuc hinc inde conſeruata ſunt, quorumque ſæpe in iure canonico adhuc mentio iniicitur, in quo inter alia *ius guardiæ* et *cuſtodiæ* adhuc ſæpe occurrit, ex natura feudorum tractum. k) Concluſiones quædam ex hoc iure adhuc in quibuſdam ſuperſunt diœceſibus, vulgo *conſuetudini* vel *obſeruantiæ eccleſiaſticæ* attributæ, cuius tamen fundamentum vnice in hoc quærendum principio. Denique cum paſſim intelligamus, pontifici Romano vindicari *iura ſpolii*, quæ pariter ex hoc *cuſtodiæ* iure fluunt, facili negotio demonſtrare licebit, per iniuriam ſummam hæc ipſa cæſari erepta et pontificali poteſtati ſine fundamento aſſerta. Gaudet adhuc Gallia iure *regaliarum*, quod ab antiquo *cuſtodiæ iure* recte petunt interpretes, vt infra oſtendendum erit. l)

§. III.

deſignandos et inueſtiendos, acceperunt, et ita hæc quoque officiis ſacris *conſtantes* et *perpetuos reditus* pepererunt.

k) Redituum ad *cuſtodiam* pertinentium, vacante beneficio, mentio fit *in c.* 9. *de offic. ordin. in 6*. inſimulque docetur *de beneficiis eccleſiaſticis* prædicari, *collationem*, *ordinationem*, *præſentationem* et *cuſtodiam*, quæ tamen magnopere inter ſe differunt. *Collatio* prælatis in genere, immo etiam capitulo: *ordinatio* ſoli epiſcopo: *præſentatio* patrono: denique *cuſtodia* beneficiorum minorum, etiam quandoque *archidiaconis* competit, qui vacanti eccleſiæ interim proſpiciunt, eiusque curam et cuſtodiam habent. *c.* 31. *X. de appellat.* Pariter in *clem. vn. de exceſſ. prælat. verſ. præterea interdum. c.* 23. *X. de iure patron. c.* 12. *de pœnis* de hoc *cuſtodiæ* iure agitur, et ſpeciatim *cuſtodia ſiue guardia* vocatur in *c.* 13. *de elect. in* 6.

l) Vid. PETRVS de MARCA *de concord. ſacerd. et imper. lib. VIII. c.* 18. *ſqq. c.* 22. §. 7. NATALIS ALEXANDER *tom. VII. hiſtor. eccleſ p.* 426. *ſeqq. p.* 430. §. 6. *p.* 433. *et* 458. HERICOVRT *dans les Loix eccleſ. dans leur ordre naturelle p. II. c.* 6. pluresque ab his laudati.

Definitio cuſtodiæ feudalis vel beneficii vacantis.

§. III. Eſt vero CVSTODIA VACANTIS BENEFICII *ſeu* FEVDI nihil aliud quam *facultas moralis domino competens vacantis feudi reditus tamdiu, quamdiu vacat, percipiendi ac ſuos faciendi feudumque ſub ſua cura et aſſeruatione retinendi, donec ſucceſſor de eo rurſus inueſtitus fuerit.* Erat ergo *facultas moralis*, quia olim domino *proprietas* fere vnice in feudo tribuebatur, vaſallo vero *vſusfructus quidam*, vt in *iure Longobardico* m) dicitur, adeoque dominus *iure ſuo*, eoque *perfecto*, feudum vacans recipiebat, et interim iure dominii pleno poſſidebat eodem modo, quo hodie feudum ad dominum redit, quando *apertum* eſt. Neque enim hæc facultas alii quam *domino* competere poterat, vtpote cuius primario intererat, ex *dominii* ratione, quod interim *pleno iure* ad eum reuertebatur, nec ſucceſſor illud aliter recipere poterat, quam ex *noua gratia, collatione* ſeu *inueſtitura*, vt interim, hac deficiente, feudum vacare diceretur.

Domino feudi olim competebat,

iuſta de cauſa.

Feuda olim morte vacabant, nec ſucceſſoria erant.

§. IV. Quod vt recte intelligatur, ſciendum eſt, beneficia hæc ſeu feuda primitus a regibus Francorum vnice conceſſa fuiſſe proceribus, tum vt eorum animos ſibi conciliarent et inſignem libertatem conſtringerent: tum etiam vt eos in *fide* et *deuotione* adſtrictiſſima beneficii intuitu retinerent. n) Erant vero hæc beneficia diuturno tempore precaria, et ad vitam poſſiden-

m) 2. *f.* 23. In formulis antiquis, quæ ad Carolingica tempora pertinent, frequens occurrit hæc denominatio. In *formulis Sirmondicis ſub n.* 38. apud BALVZIVM *tom. II. capitular. p.* 490. hanc deprehendo: *ad tuam petitionem noſtra decreuit voluntas, vt tibi res noſtras vel ſancti illius in pago illo beneficiare vſufructuario ordine deberemus,* quæ formula etiam *precariis* communis fuit, vt plures formulæ oſtendunt.

n) Hoc argumentum plenius excuſſit *auctor* diſſ. de *origine feudor.* præſide B. THOMASIO habita.

ſidentis dumtaxat durabant, o) adeoque *morte* vaſalli ſicuti alia officia vacabant, vel etiam reuocatione domini, ſi non *bene ſeruiebat* vaſallus, prout in capitularibus paſſim dicitur p) quod fides ipſo opere ſeu *ſeruitio militari* præſtanda eſſet, et ita *fides* non eſſet ſine *operibus*. Qui a nexu *fidelitatis* diſcedebat, vel contra eum agebat, *feloniam* commiſiſſe poſtea dictus fuit, quæ cauſſam feudum reuocandi olim eo facilius præbebat, quod beneficia hæc eſſent precaria ex *munere regio* vtplurimum conceſſa. Quocirca mortuo vaſallo filiis eius nullum ius in feudo erat, ſed ad dominum illud reuertebatur, vel

o) Duplicis generis bona deprehenduntur in antiquis monumentis, *propria*, et *de munere regio conceſſa*, quæ et *fiſcalia* dicebantur. Illa quidem ad heredes tranſibant, non æque hæc, *ob ſeruitia militaria* conceſſa, quæ morte exſpirabant. Vnde querelæ graues contra eos motæ in capitularibus, qui *beneficiario iure* poſſeſſa bona iure *proprietatis* ſibi aſſererent. Hunc abuſum notatum inueni *lib. III. capitular. c.* 19. apud BALVZ. *tom. I. capitular. p.* 758. *auditum habemus, qualiter et comites et alii homines, qui noſtra* BENEFICIA *habere videntur, comparant ſibi* PROPRIETATES *de ipſo noſtro beneficio*. Item *c.* 20. *audiuimus, quod aliqui reddant* BENEFICIVM *ad alios homines in* PROPRIETATEM, quod præcauendum eſſe iubet CAROLVS, *quia qui hoc faciunt, non bene cuſtodiunt fidem, quam nobis promiſſam habent.* Illuſtrabo hoc argumentum verbis BIGNONII in *not. ad Marculfum* apud BALVZIVM *tom. II. capitular. p.* 875. *Omnia prædia*, ait, *aut propria erant aut fiſcalia.* PROPRIA *ſeu proprietates dicebantur, quæ nullius iuri obnoxia erant, ſed optimo maximo iure poſſidebantur, ideoque ad heredes tranſibant.* FISCALIA *vero ſeu* FISCI *vocabantur, quæ a rege vtplurimum, poſteaque ab aliis ita concedebantur, vt certis legibus ſeruitiisque obnoxia, cum vita accipientis finirentur.* Idem innuit feudiſta 1. *f.* 1. §. 1. aiens: *antiquiſſimo tempore ſic erat in dominorum poteſtate innexum, vt quando vellent, poſſent auferre rem in feudum a ſe datam. - - Deinde ſtatutum, vt vſque ad vitam fidelis produceretur.* Plenius hoc argumentum illuſtrat CRAGIVS in *iure feudali lib. I. tit.* 4. §. *ſeqq.*

p) Hæc formula occurrit *lib. V. c.* 377. apud BALVZ. *tom. I. capitular. p.* 904. *quia nos volumus illi* BENEFICIVM *dare, qui nobis* BENE SERVIERIT. Sicuti itaque officia erant reuocabilia et per mortem exſpirabant, ita quoque *nexus fidelitatis ſeruitiis exhibitus*, morte deſinebat vel reuocabatur, ſi vaſallus non bene ſeruierat.

ſi ex rebus eccleſiaſticis a regibus conceſſum erat, q) ad eccleſiam, quamuis nonnunquam vnus alterue ex filiis apud dominum inſtaret, vt ex *noua gratia* ſibi feudum *pro militari obſequio* concederetur. r)

Tandem variis ex cauſſis ſucceſſoria facta.

§. V. Quia vero bene meritorum filii ſæpe a regibus hanc expetebant gratiam, vt et ipſi ex *noua collatione* beneficia paterna poſſiderent, pedetentim inualuit, vt ad petitionem filio patris beneficium de nouo conferretur, non quidem *regulariter*, ſed noua quadam collatione et inueſtitura, s) quod tandem ex-

q) De hoc more bona eccleſiaſtica et monaſteria in beneficium dandi laicis per conceſſionem regiam plenius agit IOSEPHVS FILESACIVS de *ſacrilegio laico*, quo nomine deſignauit hunc antiquum abuſum. Epiſcopi quidem in conciliis has conceſſiones atro carbone notabant, et extorquebant a CAROLO M. promiſſum, quod mortuis poſſeſſoribus bona libera ad eccleſiam reuerti vel ab epiſcopis peti et horum conceſſione poſſideri deberent, vt docet *capitulare de a.* 814. CAROLI M. apud BALVZ. *tom. I. capitular. p.* 527 *c.* 3. ſed parum hæc prouiſio profuit, quin potius poſtea diuturno tempore adhuc continuatus eſt, vt FILESACIVS monſtrat.

r) Exornabo hoc memorabili *epiſtola CXIX.* CHRISTIANI LVPI ad *Aeneum epiſcopum* ex *edit. Baluz. p.* 174. vnde conſtat, Hildegarium ab epiſcopo laudato habuiſſe beneficium, quo defuncto, intercesſiſſe LVPVM apud epiſcopum pro filio eius, vt beneficium patris ei concederet. Ita enim ſcribit: *Me vero monaſterium ingredientem triſtis excepit nuncius, oſtendens Hildegarium veſtrum, qui neptem meam habebat in coniugium deceſſiſſe. Vnde proprio affectu e propinquorum vtriusque lineæ impulſu, aſſerentium, me apud vos plurimum poſſe, ſanctitati veſtræ has litteras deſtinaui, ſupplicans, vt filio ipſius, ſuper quo poſtulauit, concedere dignemini beneficium, tutorem vero, qui et moribus veſtris congruat et* MILITARE OBSEQVIVM *exigat, laudabili prudentia ſtatuatis.* Non beneficium eccleſiaſticum, ſed *feudale* intelligendum recte innuit BALVZ. *ad Lupum p.* 456. additque: *nam vaſallo mortuo beneficium redit ad dominum*, adeoque ſtricto iure denegare poterat filio Hildegarii patris beneficium, tum quod ad epiſcopum reuerſum eſſet: tum quod adhuc puer eſſet et militare non poſſet. Quando ergo filio defuncti vaſalli beneficium patris concedebatur, illud fiebat ex *noua gratia* vel *inueſtitura*.

s) Hoc recte obſeruat CRAGIVS *de iure feud. lib. I. tit.* 4. §. 1. et, *non negandum quidem*, ait, *Carolum ma-*

Digitized

exſtincta ſtirpe Carolingica fere vniuerſaliter in morem abiit, t) non tamen aliter, quam ſi liberi pro hac *gratia* concedenda dominum implorauerint, et nouam acceperint inueſtituram. v) Nouum adhuc acceſſit vinculum priſtino mori, quod qui primitus de feudo inueſtirentur, pro ſe et poſteris ſuis inueſtirentur, x) ex quo *contractu* liberis ius quæſitum natum eſt, vt ſuo iure *inueſtituram nouam* vel eius *renouationem* petere potuerint, præſertim poſtquam tot latifundia infinita allodialia variis occaſionibus dominis territorii vel aliis in feudum oblata, et feuda ipſa etiam *titulo oneroſo* in alios translata fuerunt,

 quæ

magnum, ſub quo feuda adoleſcere cœperunt, primum feuda liberis vaſallorum indulſiſſe, ut vaſalli ad liberos primi gradus ſua prædia, quæ ex beneficio alieno poſſidebant, transmitterent: ſed hæc neque eo regnante neque aliquot poſt annis in legem abierunt, ſed priuilegio erant propiora, quod THEGANVS *de geſt.* LVDOVICI *Pii c. XIX.* teſtimonio ſuo confirmat.

t) Magis ad ſucceſſionem liberorum inclinarunt feuda tempore CONRADI Salici, de quo WIPPO in *vita eius* apud PISTORIVM *ſcript. german. tom. III. p. 469. nouiſſ. edit.* et *p. 430. ant. edit.* hæc refert: *militum vero animos in hoc multum attraxit, quod antiqua beneficia parentum nemini poſterorum auferri ſuſtinuit.* Ipſa conſtitutio CONRADI refertur in *LL. Longobard. lib. III. tit. 3. leg. 3.* apud LINDENBROGIVM in *cod. LL. antiq. p. 678.* et laudatur 1. *feud.* 5. §. 2. vnde fluxiſſe videtur regula *iuris antiqui feudalis Germanici*: es vererbet niemand ſein Lehen, denn der Vater auf den Sohn. vid. *ius feud. Saxon. c. 21. ius feud. Alemann. c. 42. §. 2.*

v) Quod non tam *iure hereditario*, quod exulat regulariter in feudis, ſed ex *noua collatione*, et ſic nouo titulo ſuccederet filius, et feudum acciperet. Inde in conſtantem abiit morem, *renouationem inueſtituræ*, et quidem ſubmiſſo prorſus modo, mutato domino vel vaſallo, petendi, quod hæc renouatio olim ſingulari *gratiæ* domini attribueretur.

x) Hoc vinculo vaſalli præſertim oblatis in feudum bonis allodialibus vel titulo oneroſo acquiſitis, ſibi proſpexerunt, vt *ex pacto ac prouidentia maiorum*, et ſic *iure proprio* filii in feudum ſuccederent, etſi heredes patris ſecundum *ius feudale Germanicum* non fuerint facti in allodio, vt decernit *ius Saxon. prou. lib. II. art. 21.* et *ius feud. Sax. c. 55.* vberius vero illuſtrauit B. de LVDEWIG *de obligat. ſucceſſ. in principat. et clientel. c. VI. §. 2.*

Renouatione inueſtituræ tamen petita.

quæ liberis quidem negari non potuerunt, non aliter tamen *oblata* et *acquiſita*, quam vt liberi maſculi, ad militiam idonei, ex more priſco, tempore ſucceſſionis inueſtituram peterent, et nouiter ea illis hoc modo collata viderentur. y)

Feudum morte vacans reuertebatur ad dominum, qui illud tantiſper cuſtodiebat,

§. VI. Quia ergo olim hac ratione feudum accipiebat filius legitimus per *nouam collationem* ſeu *inueſtituram* et ab hoc tempore demum fructus ſuos faciebat, feudum per mortem vaſalli vacabat, et tantiſper ad dominum reuertebatur, qui illud *iure cuſtodiæ* z) poſſidebat, fructusque ſuos faciebat, donec

y) Vtilis præterea hæc *renouatio* fuit, vt intelligerent filii, ceterique ſucceſſores, hæc bona non *iure hereditario* in eos tranſire, ſed a reliquis bonis hereditariis in perpetuum diſtinguerentur, atque ita domino ius ſuum ſaluum et integrum maneret. Adeo vero neceſſitas petendi *renouationem* retenta fuit, vt ſecundum rigorem iuris feudo priuandus eſſet illam negligens, quod ſub hac conditione ſucceſſio liberis promiſſa: *ſi inueſtituræ renouationem* petierint, quamuis hæc neceſſitatis facta, et nemini, niſi *indigno* et *inhabili*, denegari queat.

z) Cuſtodiæ huius veſtigia primum ex legibus antiquis eruenda. Inter capitula CAROLI *Calui tit. LIII* §. 10. quæ in *conuentu apud Cariſiacum anno DCCCLXXVII.* conſtituta ſunt, c. 8. *cuſtodia* huius *feudalis* fit mentio: *ſi aliquis epiſcopus interim obierit, archiepiſcopus ipſi ſedi viſitatorem ſecundum ſacros canones deputet, qui vna cum comite ipſam eccleſiam, ne prædetur*, CVSTODIAT, *vſque dum ipſius epiſcopi obitus ad veſtram notitiam veniat.* Quia enim regibus et imperatoribus inueſtitura per *annulum* et *baculum* competebat, vacante hoc beneficio, nomine regio *cuſtodia* recipienda erat a comite, quam tamdiu retinebat, donec rex electum approbaſſet et inueſtiuiſſet. Eleganter hoc ex moribus feudorum antiquis trahit PETRVS de MARCA de *concord, ſacerd, et imper. lib. VIII. c.* 22. §. 5. ſimulque ſententiam noſtram confirmat his verbis: *Vnde factum eſt, vt quemadmodum plurimarum huius regni prouinciarum conſuetudo domino feudi addicit vſumfructum, quoties feudum vacat per mortem vaſalli, ſic reges ex feudorum iure quoad regalia ſiue patrimonia epiſcopatuum vſi ſint interim, dum eorum cuſtodiam ad ſe receperant, donec ſedi vacanti præfectus eſſet epiſcopus, et donec is inueſtituram a rege accepiſſet, iuramentumque fidelitatis præſtitiſſet.* In hoc conſiſtebat ius illud *cuſtodiæ* famoſiſſimum, quod et *wardam* ſeu *guardiam* vocabant, ceu conſtat ex legibus MALCOLMI regis *Scotiæ c.* 1. §. 3. apud FREHNEVM *in gloſſar. ſcript. med. æui voce warda:* et

donec filius nouiter inueſtitus fuerit. a) Huic vero præſcri-

donec filius inueſtitus fuerit;

 ptum

et ibi omnes barones concesserant ſibi wardam et releuium de herede cuiuſcunque baronis defuncti ad ſuſtentationem domini regis. Præterea GREGORIVS X. in *c.* 13. *de elect. in* 6. ſollicitus eſt de iure eorum, qui *regalia, cuſtodiam ſiue guardiam aduocationi* ſeu *defenſionis titulum* in eccleſiis ſeu quibuslibet aliis piis locis exercent, et abuſus dumtaxat prohibet, ne ſcilicet ea, *quæ non pertinent ad fructus ſiue reditus vacationis tempore prouenientes*, vſurpent, quo ipſo concedit, ea quæ pertinent ad fructus ſiue reditus *vacationis tempore* prouenientes, pertinuiſſe ad *guardiam* vel *cuſtodiam*, quod decretum deſumtum eſt ex *concil. generali Lugdunenſi II. de a. MCCLXXIV. c* 12 apud HARDVINVM *tom. VII. concil. p.* 711.

a) De hoc iure nihil fere in iure feudali diſponi obſeruat CRAGIVS in *iur. feudal. lib. II. tit.* 19. §. 1. putat tamen illud ex *ratione iuris feudalis* optime demonſtrari poſſe, eiusque vſum in *Scotia* adhuc agnoſcit, id quod hoc modo demonſtratum iuit; *extra omnem controuerſiam eſt, mortuo vaſallo, feudum ad tempus domino aperiri, donec heres inueſtituræ renouationem a domino ſuo petierit et obtinuerit, fructusque interim dominos ſuos facere, quaſi veri et ſolidi domini, non ſolum ſuperiores, cum nullus vaſallus illius feudi ſeu tenementi interea ſit. Quodſi heres intra annum et diem a morte defuncti inueſtituræ renouationem non petierit, ſi maior ſit, et nulla iuſta excuſationis cauſſa interueniat, a iure feudi omnino cadit, feudumque in perpetuum domino aperitur ob ingratitudinem vaſalli, qui totum annum et diem dominum ſuum non agnouerit, nec inueſtituram ab eo petierit, nec debita ſeruitia præſtiterit.* Ita recte ſubduxit rationes CRAGIVS, quod feuda ex prima ſua origine dumtaxat *ad vitam* conceſſa fuerint, et ſic cum vita ipſa exſpirauerint ſeu vacauerint. Licet vero poſteris vaſalli ſucceſſio in feudum et *officium* ei annexum promiſſa fuerit, quilibet tamen ſucceſſor *noua inueſtitura* indigebat, et, collatione demum facta, fructus ſuos faciebat ad inſtar *exſpectiuarii*, qui, aperto feudo, *poſſeſſionem*, niſi ex permiſſione domini, apprehendere nequit, ſed dominus re ad ſe reuerſa interim et tamdiu fruitur, donec de feudo inueſtitus fuerit. Inde adhuc hodie in Germania neceſſaria eſt *renouatio inueſtituræ*, intra *anni* ſpatium ſubmiſſe petenda, quamuis dominus interim fructus feudi non amplius ſuos faciat, quod qua ratione mutatum fuerit §. ſeq monſtrandum erit. In epiſcopatibus et prælaturis maior euidentia *feudi vacantis* ſeſe exſeruit, quia non æque, vt in ſecularibus, mox adeſt ſucceſſor certus, ſed is demum per *electionem* vel *poſtulationem* deſignandus erat, et intra annum a cæſare inueſtiendus de regalibus, adeo vt ante inueſtituram olim vaſallos ſuos haud potuerint inueſtire prælati, vt docet OTTO Friſingenſis *lib. II. c.* 27. referteque impetitum fuiſſe *Hardewicum*, quod nouiter per electionem cleri et populi et metropolitani ſui conſecrationem pontificatum acceperat. *Regalia*

ptum erat tempus annale b) petendi renouationem inueſtituræ, adeo, vt ab hac ſucceſſione per *præſcriptionem* c) excluſus eſſet, qui hoc fatale neglexiſſet, et ſic non tam feudum ei adimebatur, quam is a petendo et agendo excludebatur. *Præſertim ſi ad legitimam ætatem haud perueniſſet.* Præcipue vero ius *cuſtodiæ* lucratiuum locum habebat, ſi ſucceſſor ad legitimam ætatem, d) qua feudum petere et ſeruitia præſtare poterat, nondum perueniſſet, quod tunc *vicarium* pro ſucceſſore vaſallo adhuc inhabili conſtitueret dominus, fructus interim iure dominii perciperet, iura tamen ſimul pupillorum tueretur, et ſic eorum nomine lites ſuſciperet. e) Adepta vero

galia ſiquidem, ait, *quæ iuxta rationes curiæ, nulli epiſcoporum militi, antequam de manu principis ſuſcipiantur, tradere licet, ipſe huius rei neſcius, impræmeditate, morante adhuc in Italia principe, tradiderat, ab eo in cauſſam poſitus dum et factum infitiari, qualitatemque facti defendere nequit, compoſitionis incurrit nexum, ceteri quoque qui ab eo ſuſceperunt, quique iuxta ſuam conditionem et ſortem, in plus minusue conſimili pœna damnantur.*

b) Eſt hæc præſcriptio *iuri Germanico* propria, et in multis iuris articulis olim obtinuit, atque hodienum adhuc obtinet, ceu expoſui in diſſ. *de vtilitate et commodis pacti de non præſtanda euictione* et præclare docuit B. HEINNECCIVS *de annali præſcript. Lubec.*

c) Hodie quod mox poſſeſſionem feudi vel apprehendant vel continuent liberi vel agnati, et ſic fructus ſuos faciant, ſi intra hoc fatale inueſtituram non petierint, dicuntur *priuari* feudo, et ita dominus agit contra vaſallum actione *priuatoria*. Olim, et hodie adhuc in *Scotia*, vaſallus contra dominum hoc caſu coram ſuperiori agebat, cui hic exceptionem *præſcriptionis* opponebat, qua probata, reus abſoluebatur, et actor a iure agendi excluſus erat.

d) Quia *habilitas* ad ſeruiendum et præſtandum iuramentum fidelitatis deſideratur.

e) De hac ætate videndus eſt de LVDEWIG de *ætate puber. c. III.* In Scotia annus finitæ pubertatis XXI. præſcriptus eſt, æque vt iure Saxonico obſeruante CRAGIO *cit. l. c.* 20, §. 1. quod ante hanc ætatem deficeret habilitas ad *ſeruiendum* neceſſaria h. e. cauſſa ob quam feudi reditus lucrari poſſent. Etenim feudi conceſſio erat *datio ob cauſſam*, qua deficiente, et illa ceſſabat. Intererat olim domini, ne ante *ætatem legitimam* ſucceſſor admitteretur, adeoque hæc ſollicite non tantum determinabatur, ſed etiam alia corporis inhabilitas, eaque perpetua, obſtabat, quo minus vaſallus, cui ſucceſſio ex pacto primi

ro perfecta ætate, qua iuramentum præſtare et inueſtituram petere ſecundum leges poterat, cuſtodiam feudi dimittere tenebatur dominus et inueſtito feudum reſtituere. f) Breuiter: quam-

primi acquirentis erat promiſſa, ad feudum per inueſtituram admitti poſſet, qua conclusione adhuc hodie in feudis vtimur.

f) In Scotia hoc *cuſtodiæ* ius adhuc obtinere, teſtis eſt CRAGIVS *lib. II. iur. feud. c.* 20. §. 3. cuius rationem ipſemet ex indole feudorum his deducit verbis: *cum hæc vera et natiua ſit omnium feudorum conditio, vt vaſallus domino militares operas præbeat, eique in rebus omnibus gerendis conſilio et auxilio adſit, nec vnit debito minor, ſiue is ſit mas ſiue femina, poterit reſpondere, dominus interea fructus feudi ſui percipit, vt vicarium pro ſuo vaſalli adhuc inidoneo herede ſubſtituat, donec ipſe heres ad ſeruiendum domino ſufficiat, quod cum ante XXI. annum in maſculis raro contingat, hoc tempus a iure præfinitum eſt cuſtodiæ heredis maſculi, et* CVSTODIA *ſiue* GVARDIA *dicitur, quia dominus interea temporis heredem apud ſe cuſtodire et liberaliter ex primitiis fructuum educare tenetur.* Atque hæc *cuſtodia feudalis* vel ideo cum perceptione redituum feudalium erat coniuncta, quia ante *inueſtituram* feudum tenere non poterat, quam demum accipiebat poſt legitimam ætatem impetratam. Breuiter: *durante cuſtodia dominus ſiue quis ab eo cauſſam habens, omnia poteſt, quæ vaſallus, dum viueret, poterat*, vt ait IDEM *cit. l.* §. 9. proinde ſi pupillus plura feuda a diuerſis tenet dominis, quilibet dominus feudi *cuſtodiam* habebit eiſdem legibus, quibus vel vnus dominus habet. Ipſum *ius feudale Saxon. c. XXVI.* adhuc *cuſtodiam feudalem* hoc caſu agnoſcit his verbis: des Herr iſt iemehr des Kindes Vormundes in dem Gute. Daz ez Kind von ihm hat, di wile ez an gevelle und verlichen hat, und ſoll das Geld (reditus) des Guths nehmen, biz das Kind zu ſienen jaren kommt. Additur in codice alio, idiomate inferiori Saxoniæ proprio: unde na der tyd mot der Herr nicht des Kindes Gute un Geld nehmen, quod iam ipſe ſeruire domino poſſit. Duplex ratio *tutelæ feudalis* traditur in verbis laudatis: 1) quia a domino feudum olim conceſſum eſt et profectum: 2) quia dominus habet das Angevelle, de quo dicitur in *iure feudali Allemannico c. LV.* §. 1. Anevell iſt nit Lehnrechts, qua appellatione *cuſtodia feudalis* deſignatur obſeruante SCHILTERO *ad cit. c.* atque indigitatur, eam non eſſe modum acquirendi feudum, ſed tantum *ius percipiendi reditus ex feudo pupillari.* In iure feudali *c. XXVI* ita dicitur: an angeffell iſt kein lehn recht, noch keine folge an den lehn herrn, quæ verba ita interpretatur SCHILTER *cit. l. In cuſtodia feudali non eſt ius feudi (ſi eam dominus tutori aut alii commiſerit) nec ſucceſſionis aut renouationis impetrandæ a domino feudi*; re vera enim hoc ius, angeffelle, olim dictum

quamdiu feudum vacabat, nec ſucceſſor inueſtitus erat, tamdiu cuſtodia feudi lucratiua olim durabat, et domino ius percipiendi fructus competebat. Eadem *cuſtodia* produxit quoque olim *tutelam vſufructuariam*, ab initio quidem potiſſimum in feudis, facile tamen ad reliqua bona tracta, quorum curam *tutor legitimus* interim habebat, rationibus reddendis haud obnoxius, cuius rudera adhuc in iure Saxonico et Alemannico ſuperſunt. g)

Inde tutela vſufructuaria promanauit.

§. VII. Enim vero ſicuti quæuis iura mutationi variæ obnoxia ſunt, ita in primis antiqua feudorum facies et inde dependentia iura cum ipſa *cuſtodia feudali* inſignem paſſa ſunt metamorphoſin, quæ vaſallis longe potentius et plenius ius in feudis conceſſit, vt a prima ſua ratione plane deſciuiſſe videantur exceptis paucis ruderibus, quæ ſtatum antiquorum feudorum adhuc indicant ac referunt, veluti quod mutato domino et vaſallo inueſtitura renouanda, iuramentum fidelitatis in hac reno-

Mutata pedetentim feudorum iura.

ctum fuit, quod feudum ad dominum interim *deuolutum* fuerit, qui vel reditus inde percipere vel eos aliis interim concedere poteſt *cuſtodia feudalis iure*. Hoc ſpecialius *cautum eſt in iure feudali alemann. c. LV. §. 1.* Stirbt ein Mann, und lot Kint hinder ime, die under iren joren ſind, der Herr lihet einem andern die Anefälle, ob es nit Vormunde hatt, der des Herren Mann ſye : : So das Kint zu ſeinen joren kumt, ſo ſint die Anefälle, ledig. So auch der ſtirbet, der das Anefall gelihen hatt, ſo hatt ienes an dem Anefalle nüt me, und iſt ledig, quod talis cuſtodiæ conceſſio ſit *precaria*, et ſic *concedentis morte* interire debeat.

g) Quia ſunt pupilli in *cuſtodia* tutorum, olim etiam hi vſumfructum bonorum tutelarium, æque vt hodie in Anglia et Scotia, teſte CRAGIO *cit. l. 1.* habuerunt, quod Saxones reſtrinxerunt ad *tutelam legitimam lib. I. art. 23.* et *lib. II. art. 58.* vt extraneus tutor rationes de reditibus reddere teneretur. Verum cum in hoc argumentum fuſius inquiſiuerit, eiusque veſtigia ex diuerſis gentium iuribus ſolide eruerit, adduxeritque B. de LVDEWIG de *fruct. attribut. tutelæ vſufruct. diſſ. I.* ſufficiet, ſi ad hoc egregium opuſculum prouocauerim lectoremque ad illud ſublegauerim.

Digitized by Google

renouatione iterandum, atque hæc *intra annum* peti debeat. Ceterum ipſum *ius cuſtodiæ* tum relicto ſucceſſore impubere, tum legitima ætate prædito in Germania ceſſat, h) cuius rationes plures ſine dubio fuerunt. Prima petenda eſt ex frequentiori occaſione feuda acquirendi *titulo oneroſo*, quo ius antiquum feudi *precarium* admodum diminutum immo extinctum eſt. i) Acceſſit altera, quod rariora in Germania olim fuerint

Et ius cuſtodiæ in Germania deſiit.

 feu-

h) Idem etiam obſeruat SCHILTER in *comm. ad ius feud. Aleman. c. LV. §. 3.* aitque: *Hodie in Germania a curiis hoc ius cuſtodiæ in feudis pupillaribus receſſit*, ſed rationes mutationis plane præterit, quam tamen peperit et liberior feudorum ratio et peregrini iuris receptio, per quam ius domeſticum admodum ſuppreſſum eſt.

i) Occaſio frequentiſſima, feuda per titulum *emtionis* ſimilemue oneroſum acquirendi, potiſſimum trahenda eſt ab *expeditionibus ſacris*, per ſæculum XII. XIII. et vltra continuatis, quæ etiam Germanis, hac ſtrage funeſtiſſima infectis, grauiter nocuerunt, et variam iurium innouationem induxerunt, vt ſpeciatim pluribus exemplis docui in exercit. VIII. de *varia innouat. iurium per expedit. cruce ſignat. c. 2. et 3.* Quia enim hæ expeditiones ingentes ſumtus deſiderabant, quæuis ratio, nummos vndequaque corradendi, *pia*, *iuſta* et *legitima* viſa fuit, vt nec domini conſenſum facile denegarent, quod ipſimet, vtplurimum iis ſimul intereſſent, nec negare ilium poſſent metu excommunicationis, cui ſubiecti erant, qui quauis ratione eas impedire conabantur, quæ res effecit, vt iam *iure Longobardico*, quod ſæculo XII. collectum eſt, emtorum feudorum aliquoties mentio iniiciatur, vt *I. f. 20. II. f. 12.* Teſtis eſt ALEXANDER III. apud MARTENIVM et DVRANDVM in *collect. ſcript. et monum. tom. II. p.* 749. hoc priuilegio cruce ſignatos muniens: *licet autem eis terras ſeu ceteras poſſeſſiones ſuas, poſtquam commoniti propinqui ſiue domini*, AD QVORVM FEODVM *pertinet*, *pecuniam ipſius mutuare*, *aut ſi noluerint aut non potuerint eccleſiis vel perſonis eccleſiaſticis aut aliis fidelibus libere et ſine vlla reclamatione impignorare.* Hoc poſito dominus et agnati conſenſum denegare non poterant. Iam antea anno MCXLV. idem indulſerat EVGENIVS III. in *epiſt. ad Ludouicum regem*, ab ANGELO MANRIQVIO *tom. II. annal. Ciſterc. p. 8.* adducta, et teſtimonio confirmat TRITHEMIVS *in chron. Hirſaug. tom. I. ad ann. MCC. p.* 495. exemplum adferens BERTHOLDI, comitis de Nunenburg in Briſgoia *comitatum ſuum argentinenſem* vendentis, *cuius*, addit, *prouocati exemplo multi nobiles et potentes venditis prædictis prædiis et poſſeſſionibus ſuis cum vxoribus et liberis perpetuo ſeruitio ſancti ſeruitii ſe deuouerunt.* Adeo vero libera eo tem-

feuda, quorum vbertatem tamen poſterior ætas vidit, non alia de cauſſa, quam quod variis ex cauſſis k) domini, vt allodia ſua aliis in feudum offerrent, inducti fuerint, quo ipſo magis beneficium domino dederunt quam acceperunt. Inde vero non tantum feuda plura *irregularia* natales traxerunt, ſed etiam vaſalli longe *perfectius ius* in bonis ſuis retinuerunt, quam alias ius feudale iis indulſit. Quia itaque olim *ipſo iure* allodia in heredes legitimos deuoluebantur, hoc etiam retinendum in his bonis in feudum oblatis fuit, vt ſtatim in ſucceſſorem, cum pleno iure pericipiendi reditus, tranſirent, eosque vaſallus ſucceſſor lucraretur, etiam antequam de illis inueſtitus fuiſſet. Hoc facile ad impuberes vaſallos trahi potuit, vt *cuſtodia feudalis* domino tutoribusque etiam intercepta ſit, quamuis etiam præterea alia fortior ratio acceſſerit. Iuris peregrini introductio

tempore feudorum alienatio fuit, vt, in defectu *nobilium*, qui legitimi tantum poſſeſſores erant, ad emtionem illorum etiam admitterentur *plebeii*, ceu obſeruat ANTHONIVS DAD. ALTESERRA de *orig. et ſtat. feud. pro mor. Galliæ c. X.* atque: *hanc labem maxime arceſſiuerunt varia Francorum in Syriam expeditiones, quarum cauſſa duces, comites et alii milites feuda et ditiones diſtrahere coacti, ea in plebeios et clericos ſeu eccleſias alienarunt, vt facilius emtorem inuenirent, idque ſuadentibus edictis Romanorum pontificum eius æui, qui nihil non tentarunt, belli ſacri promouendi ſtudio et conniuentia etiam noſtrorum principum.* Hac occaſione, et quod ea, quæ *titulo oneroſo* acquiruntur, pleniori iure et poteſtate acquiri ſoleant, ſine dubio factum, vt *cuſtodia feudalis* deſierit in ſucceſſore maiorenni, et ipſemet ſtatim poſſeſſionem feudi non tantum apprehendere, ſed etiam reditus feudalium, etiam ante *inueſtituram*, percipere ſuosque facere potuerit, qui olim iure *cuſtodiæ* ad dominum pertinebant, vt ſupra illuſtratum eſt, ſimulque dictum, iam in *iure Longobardico* nullum eius veſtigium amplius deprehendi.

k) Quæ apud Germanos variis occaſionibus ſeſe exſeruerunt, ab aliis iam expoſitæ, maxime ab HERTIO *de feud. oblat.* inter quas meo iudicio *primariæ* petendæ ſunt tum ex *ſuperſtitione* Germanorum *nimia*: tum ex *rationibus politicis*, vt hac methodo domini territorii nobiles landſaſſios admodum liberos et ſibi graues conſtringerent, quos variis artibus ad bona ſibi in feudum offerenda induxerunt.

ctio videlicet rei Germanicæ forenſi inſignem intulit cladem, et quia nec in *iure Romano* tutela vſufructuaria cognita, immo eidem aduerſabatur: nec *ius Longobardicum* ius *cuſtodiæ feudalis* amplius domino tribuebat, facile iactura huius iuris, cuius veſtigia adhuc tamen in *iure Saxonico et Alemannico* deprehendere licet, l) ſequi potuit, quamuis non negandum ſit, olim etiam in Lombardia illud obtinuiſſe. m)

In tutelis illuſtrium ius cuſtodiæ adhuc ſeruatur.

§. VIII. Sicuti vero hæc innouatio iurium feudalium facilius locum inuenire potuit in *tutelis priuatorum*, ita in tutoribus illuſtribus *ius cuſtodiæ*, quod tutelas vſufructuarias produxit, eo magis aſſerendum eſt adhuc, n) quod hi etiam in aliis iurium feudalium et allodialium argumentis conſtantius priſca iura domeſtica conſeruauerint, nec paſſi fuerint, vt principia iuris Romani et Longobardici peregrina ad cauſſas

 ſuas

l) Nam tempore *compilationis iuris alemannici feudalis* et *Saxonici* h. e. ſæculo XIII. adhuc obtinuiſſe hanc *cuſtodiam feudalem* ſupra *not. f.* euictum eſt, præſertim cum etiam *ius feudale alemannicum* ſæculo XIII. anno CIↃ CC LXXXII. compilatum fuiſſe, perſpicue ex codice præſtantiſſimo Harrachiano probatum dederit PHILIPPVS IACOBVS LAMBACHER in *diſſert. epiſtol. de ætate iuris illius antiqui Germanici, quod vulgo vocatur ſpeculum Sueuicum.*

m) Notum eſt, infinita alia ex iuris *Romani* et *Longobardici* vſu indiſcreto immutata et inſignem iuri Germanico cladem illatam fuiſſe. Nec negant iurium feudalium periti, multa per incuriam hinc inde recepta fuiſſe in Germaniam ex iure Longobardico contra iuris antiqui feudalis rationem, vt conſtat ex doctrina de *iure filiorum repudiandi hereditatem paternam retento feudo antiquo*, quod ius *Longobardicum*, contra *ius Germanicum feudale*, non admittit, cuius ſententia in Saxonia aliisque prouinciis Germaniæ recepta, quamuis alibi adhuc ius Germanicum præualeat etiam in camera imperii, teſte de LVDOLPH *de iure primogen. P. ſpecial. aph. VI. n.* 6. Non adeo ergo mirandum, *cuſtodiam feudalem* in feudis impuberum etiam *ex iuris Longobardici* indiſcreto vſu eliminatum fuiſſe.

n) In hoc omnis eſt B. de LVDEWIG in *opuſculo VI. tom. II.* de *attribut. fruct. tut. vſufruct. diff. I. litt. dd. p.* 1210. *ſeq.* vt iuris antiqui vſum in his tutelis a proximis agnatis ſuſceptis defendat.

ſuas applicarentur, quod abſque eorum ſummo præiudicio fieri non potuit. o) Dicuntur quidem inter ſe vti *iure priuatorum*, ſed cogitandum erat, (I) hoc intelligi debere magis *de iure domeſtico* quam *peregrino* in cauſſis, quæ vtrique *iuri communes* ſunt, p) diuerſis tamen principiis inter ſe diſcrepant. q) (II) Tutelam ſtatuum imperii eſſe magis iuris *publici* quam *priuati*, quod non rei priuatæ curam in ſe contineat, ſed magis totius prouinciæ adminiſtrationem publicam cum exercitio iurium territorialium tam *ſacrorum* quam *ſecularium* et regiminis publici. r) Breuiter tutor illuſtris legitimus vicem *domini territorii* gerit et educationem pupilli illuſtris lautiorem et dignitati conuenientem ſuſcipit, quod ſine ingentibus ſumtibus fieri nequit. Hoc ideo tantum adduco, vt liqueat inde, iura Romana his tutelis applicari non poſſe, s) magis autem illis conueni-

o) Hoc præclare docuerunt B. GRIEBNERVS de *præiudicio princip. imper. ex abuſu iuris iuſtinian.* et Dn. BASTINELLER de *præiudicio princip. imper. ex abuſu iur. Longobard.*

p) Sunt enim inſtituta iuri Romano propria, a Germanis olim ignorata, quæ tamen ab illuſtribus in vſum aſſumta ſunt et ita quoque ſecundum huius iuris principia regenda, quorſum refero *legatorum* et *fideicomiſſorum* cauſſas. Sunt ea, quæ ad *proceſſum* ſpectant, vtrique iuri quidem communia, ſed *per leges publicas imperii* eadem fere norma cauſſis priuatorum et illuſtrium præſcripta, quæ licet magis aſſumta ſit ex iure *Romano* et *canonico*, facilius tamen hoc fieri potuit et citra ſtatuum præiudicium, quod tantum *formam* in iudiciis agendi concernat, per *leges publicas imperii* plenius determinatam.

q) Si vtrumque ius inter ſe conuenit, quod contingit, ſi ratio mere naturalis in vtroque ſeruata eſt, tunc quidem iuris Romani in cauſſis principum vſus eſt, ſed magis *illuſtrationis cauſſa*, h. e. non quia in iure Romano hoc cautum, ſed quia in ratione naturali fundatum eſt, quam Romani æque vt Germani ſecuti ſunt, præſertim in contractibus.

r) Sicuti ipſum ius publicum concernit ſtatum ſeu regimen publicum primario, ita neceſſario aſſerendum eſt, tutelam illuſtrium, quæ *vniuerſum regimen prouinciæ* concernit, eſſe iuris publici, regulis iuris Romani non ſubiiciendum, niſi velimus ipſum ius publicum ex *iure Romano* petere.

s) Quodſi hic audiendus eſſet 10. PHI-

uenire ius antiquum Germanicum, agnatis *cuſtodiam feudalem* adhuc aſſignans. t)

Ad clericos quaſi milites iura beneficiorum tracta.

§. IX. Ad *clericos* iura beneficiorum, quæ vaſallos regebant, iam ſub regibus Francorum ex foris ſecularibus tracta ſunt, v) poſtquam etiam *militia* quædam illis attributa eſt a pa-

PHILIPPVS RINGLERVS de *tut. illuſtr. c. VII.* tutor illuſtris legitimus a priuato prorſus non diſtaret, ſed æque rationibus reddendis obnoxius foret, æque vt quilibet alius tutor, quia quæuis iuris Romani ſcita ad tutelas publicas incaute traxit. Præiudicium intolerabile eſt, *tutelam* in ſe eſſe *iuris priuati*, quibuſcunque cauſſis et negotiis demum applicetur, cum tamen alia ſit ratio negotiorum *publicorum* et *priuatorum.*

t) Vnde nata eſt tutela *vſufructuaria* olim etiam in allodiis locum habens, adeoque etiam applicari merito debet ad prouincias terrasque allodiales.

v) Ex concilio *Arelat. V. c.* 6. anno DLV. habito apud HARDVIN. *tom. III. p.* 328. epiſcopos minoribus clericis bona quædam in vſum dediſſe, conſtat, in quo ita cautum: *vt clericis non liceat facultates, quas ab epiſcopo in vſu accipiunt, deteriorare. Quod ſi fecerint, ſi iunior fuerit diſciplina corrigatur: ſi vero ſenior, vt necator pauperum habeatur.* Nec minus in *concilio Lugdun. II.* anno DLXVII. habito *c.* 5. apud EVNDEM *cit. l. p.* 355. ſtatutum: *vt quaſcunque munificentias clericis aut ſeruientibus ſiue de rebus eccleſiæ in vſum, aut de propriis in proprietatem præcedentes dederunt ſacerdotes, ſubſequentes pontifices nullatenus auferre præſumant.* Quia enim epiſcopi *diſpenſationem œconomicam* circa bona eccleſiaſtica gerebant, ex quibus alebantur etiam clerici, modum diſpenſandi pro ſuo arbitrio inſtituebant, vel antiquæ diuiſioni inſiſtendo: vel quibuſdam bona *in vſum* concedendo ad vitam. Quid quod quandoque circa finem ſæculi VI. iam quibuſdam eccleſiis certa bona dederint, a ſucceſſoribus non auferenda, vt cautum in *concilio Toletano III. ann. DLXXXIX. c.* 2. apud EVNDEM *cit. l. p.* 480. vbi præmittitur regula de bonis non amplius alienandis, hac tamen ſubiecta exceptione: *Si quid vero, quod vtilitatem non grauet eccleſiæ, pro ſuffragio monachorum vel eccleſiis ad ſuam parochiam pertinentibus dederit, firmum maneat.* Quod *eccleſiis* datum erat, hoc *clericis* in illis ſeruientibus datum, cenſebatur, vt ex iis nutrirentur. Pariter ex *c.* 37. *concil. Tolet. IV. a. DCXXXIII.* habiti apud EVNDEM *cit. l. p.* 588. patet, potuiſſe clericis epiſcopos *in vſum* res eccleſiaſticas largiri. Talia bona clericis *extra ordinem* in vſum data *permiſſa*, vt in concilio Agathenſi, relato in *c.* 32. *C. XII. q.* 2 *credita* vel *commiſſa*, vt in *c.* 35. *ibid.* et *commendata* in *c.* 7. *dicti concilii* dicebantur. Verum hæc diſciplina tantum ab initio *particularis* erat,

Olim ex bonis communibus viuentes,

patribus. x) Antea quidem ex communibus bonis alebantur, diſtributis ab epiſcopo obuentionibus eccleſiaſticis vtplurimum in quatuor partes, quarum quarta clero minori obueniebat. y) Ne-

erat, illis applicata clericis, qui in remotioribus ab epiſcopo locis officio ſacro fungebantur, ratione quorum antiqua diſtributio non carebat difficultate. Hac de cauſſa adhuc ſæculo VII. clerici, quibus bona fruenda conceſſa erant, profeſſionem edere tenebantur, ſe *iure precario* eadem tenere, poſt mortem reuerſura ad manus epiſcopi, ceu liquet ex *concil. Toletano VI. c. 5. anno DCXXXVIII.* habito et in *c. 72. C. XII. q. 2.* relato.

x) Sicuti vaſalli, beneficio præditi κατ' ἐξοχὴν dicebantur *milites*, ita clerici non tantum *milites* dicti, ſed his etiam more militari *titulus* et *character indelebilis* tributus; denique etiam his *beneficia* tandem quoque data ſunt Abbas Floriacenſis ABBO in *collect.* canonum ſæculo X. ſcripta, et a MABILLONIO *tom. II. analect. p.* 248. relata hac de æquiparatione ita iudicat: *Hac ſententia, quæ ad milites loquitur, poteſt etiam ad clericos retorqueri, quia etiamſi non videantur militare ſeculo, tamen DEO militant, ſicut ait apoſtolus: nemo militans DEO implicat ſe negotiis ſecularibus, videmus, inquam, non militare remiſſis et fluentibus tunicis: ſed habemus militia noſtra cingulum, quo caſtimonia interiora conſtringamus. De quo cingulo Dominus ait: ſint lumbi veſtri præcincti et lucernæ ardentes in manibus veſtris. Nam et catholicus clericus hac ſententia retinetur. Si enim non contentus ſtipendiis* (beneficio) *fuerit, quæ de altari Domino iubente conſequitur, ſed exercet mercimonium, interceſſiones ad Deum vendit, viduarum munera libenter amplectitur, hic negotiator magis poteſt videri quam clericus.* Quia ergo *iura militaria* paſſim militibus adſcripta, non adeo mirandum, quod etiam illis *beneficia ſtabilia* aſſignata fuerint ſub *nexu fidelitatis* collatori præſtandæ. Nam epiſcopi *iuramentum fidelitatis* pontificis, illis vero clerici minores præſtant. Idem obſeruat ESPEN *P. II. iure eccl. tit.* 18. *c.* 1. *§.* 10. et, *quemadmodum principes bona ſua iure beneficiario dabant iis, qui ſeruitium militare aliaue obſequia præſtarent: ſimiliter epiſcopi bona eccleſiæ poſſidenda vel vtenda ſeu potius ius percipiendi eorum fructus dabant clericis, vt eccleſiæ militarent ſeu officium exhiberent, quiſque ſecundum vocationem ſuam.*

y) De hoc more antiquo diſtribuendi reditus et prouentus eccleſiaſticos in quatuor partes pluribus agit THOMASSINVS *P. III. de diſcipl. eccleſ. lib. II. c.* 13. *ſeqq.* quæ ſæculo V. demum inualuiſſe, et in conciliis recepta fuiſſe videtur, quæque per ſæcula aliquot adhuc continuata, etiamſi hinc inde quibuſdam clericis quædam bona, *iure beneficii*, conceſſa fuerint. Fit huius diſtributionis antiquæ mentio in *c.* 30. *ſeq. c. XII. q.* 2.

Neque etiam per ſex priora ſæcula eccleſiæ bona conſtantia et inalienabilia habebant: hæc potius ſubiecta erant liberæ epiſcoporum diſpoſitioni, qui pro re nata illa alienabant, pretiumque inde redactum in diuiſionem communem conferebant. z) Poſtquam vero lege tum *ciuili* tum *eccleſiaſtica* bona *ſtabilia* quæ alienari non poſſent, eccleſiæ poſſidere cœperunt, non adeo mirandum, pedetentim in *beneficium* more *feudorum ſecularium* hæc clericis aſſignata fuiſſe, ab initio quidem quibuſdam tantum ex *mera gratia*, vt his decedentibus redirent ad liberum epiſcoporum arbitrium; progreſſu temporis vero *vniuerſaliter* et in legem abiiſſe conſtantem, cuiuis eccleſiaſtico officio certa *perpetuo iure* deſtinare bona, de quibus inueſtiret clericos epiſcopus, qui iis officium ſacrum dedit. a) Poſt hæc tempora bona hæc *legibus beneficialibus* ſubiecta fuerunt, nec clerici amplius de *communibus* vixerunt, exceptis *canonicis* et *monachis*. Sed ſæculo XI. illorum maxima pars vitam deſeruit communem et diſtributis inter ſe bonis communibus, ad *menſam capitularem* olim pertinentibus, canonici *vera* poſſidere cœ-

Bona eccleſiaſtica inalienabilia facta Iuſtiniani tempore.

Inde beneficiorum conditio iis fere generatim applicata.

z) Vſque ad IVSTINIANI tempora hunc morem libere alienandi bona eccleſiaſtica in occidente præſertim obſeruatum fuiſſe conſtat ex *Nou.* 7. ad quam legem poſtea vniuerſæ eccleſiæ compoſitæ ſunt Ex antiquitatibus hoc argumentum ſpeciatim illuſtraui in *tom. II, iur. eccl. proteſt. tit. de reb. eccl. alien.* §. 4. *ſeqq.*

a) *Sicuti ad dominum ſpectat inueſtire vaſallum, ita quoque ad beneficiorum collatorem ſpectat, beneficiatum in poſſeſſionem mittere*, vt vtar verbis ESPENII *P. II, iur. eccl. tit.* 26. *c.* 2. §. 2. *in f.* et ſic quoque monachi, qui eccleſias conferebant, dicebantur *eccleſiarum ſuarum inueſtitoris* in *c.* 1. *C. XVI. q.* 2. immo ipſum *ius conferendi* eccleſias *inueſtitura* vel *inſtitutio* vocatur. Etiam patroni conferunt eccleſias ſuas paſtoribus, eosque de bonis eccleſiaſticis inueſtiunt, adeoque illis, æque vt domino feudi, debetur reuerentia fidesque ſuo modo, quamuis in pleniori gradu ea collatori eccleſiaſtico debeatur ex mente iuris canonici. Ceterum poſtquam hoc modo in conſtantem abiit morem, certa beneficia clericis dandi, etiam epiſco-

cœperunt *beneficia*, quibuſdam tamen in antiquo ſtatu et vita communi manentibus, quos *canonicos* regulares b) dixere.

Olim eccleſia cathedralis vacans regebatur per viſitatores.

§. X. Vacante ergo eccleſia vel officio ſacro olim diſtinguebatur, vtrum vacaret per mortem *epiſcopi*, an vero *clerici minoris*, qui regebat eccleſias minores, vel epiſcopo in eccleſia cathedrali aſſiſtebat. Mortuo epiſcopo, dicebatur primario *vacare eccleſia* capite ſuo deſtituta, c) quæ interim regebatur

epiſcopis peculiaria bona dicata ſunt, quæ æque vt alii clerici *iure beneficii* perciperent.

b) Poſtquam votis adſtricti fuerunt, impedientibus, ne a *vita communi* recedere poſſent. Beneficia ergo hi proprie non poſſident, *præbendas* tamen accipere dicuntur, quod hæc appellatio latior ſit, et in genere olim etiam clericis, ex communibus bonis portionem accipientibus, tributa, quod *præbere* idem ſit ac *præſtare* et *exhibere l.* 19. *D. de teſtib.* Inde canonici olim dicebantur *præbendarii*, *c. f. D.* 70. quod victus et amictus illis præberetur. *c.* 9. *X. de vit. et honeſt. cler. c.* 16. *X. de V. S.*

c) Ad epiſcopum omnis cura, labor, functio et diſpoſitio in eccleſia pertinebat. Diſtrictu olim exiguo eius poteſtas concludebatur: laxiores ſerius innotuerunt, et anſam ad beneficia remotioribus presbyteris danda dederunt, maxime in Gallia et Germania. Interim omnis ſuprema ſollicitudo penes epiſcopum. *Eſt enim*, vt ait THOMASSINVS *P. II. diſcipl. eccl. ant. et nou. lib. III. c.* 5. §. 4. *epiſcopatus ipſe plenitudo ſacerdotii et omnium fons et ſcaturigo ſacrarum dignitatum, cuius archidiaconi, archipresbyteri, abbates, parochi riuulos tantum aliquos conſequuntur. Poteſt epiſcopus immediate vnus ipſe miniſteria ea obire; omnia ſuo iure primogenio, quæ ceteri precario et eius largitate ac beneficio obeunt, et ſicuti hæc ipſe per ſe ea munia defungatur, duo beneficia aut duo eius beneficia genere dici neutiquam poterit, cum epiſcopale tantum munus fungatur. Fuit olim epiſcopus ipſemet cathedralis eccleſiæ parochus vnus: vnus ciuitatis, vbi vna tantum olim erat eccleſia; nec alienum tunc tamen vſurpabat miniſterium ſed explicabat ſuum, quo miniſteria et beneficia* (vel potius officia) *alia continebantur.* Hoc ergo mortuo vel depoſito, demum *vacare* dicebatur *eccleſia*, et cura epiſcopalis cum omni adminiſtratione interim *fiduciario* committenda ſacerdoti: clericis minoribus in eccleſia cathedrali, in vrbe, vel extra eam in diœceſi in adiutorium ab epiſcopo lectis, non deerant alii, per quos munus defuncti adminiſtrabat vel mox ſucceſſorem conſtituebat, ex bonis communibus alendum, vt beneficium, quod deerat, vacare non poſſet, nec cuſtodia eius interim alii committi. Denique ſi vel maxime eccleſiam minorem, deſtitutam presbytero alii interim committ-

tur per *viſitatorem*, d) fiduciario iure regentem eccleſiam, a metropolitano delegatum, in Italia quidem ab epiſcopo Romano, qui iura metropolitana ibidem exercebat e) extra Italiam

mitteret, etiam hic exemplo ceterorum portionem ſuam ex *communibus bonis* accipiebat, nihilque hoc modo accreſcebat reditibus epiſcopalibus.

d) Per tria priora ſecula, epiſcopo mortuo, interim regebatur communi presbyterorum conſenſu eccleſia. Sæculo IV. hæreticorum factiones admodum graues erant eccleſiis; id vnice agentes, vt ex ſuo grege epiſcopus obtruderetur vacanti ſedi. Quod vt præcauerent metropolitani, *viſitatores* interim commendabant vacantem cathedram. Erant *viſitatores*, vt *concil. Laodic. c. 57.* indicat, *in agris ab epiſcopo poſiti, quorum munus erat circumire per omnes vniuerſæ regionis eccleſias et de illorum ſtatu inquirere*, vt ex MEVRSIO eos definit MENAGIVS in *amœnit. iur. ciuil. c. 35.* Quamuis enim munus viſitandi ordinarium epiſcopo incumberet, illud tamen haud ſufficere viſum fuit, propter hæreticorum ingruentes in gregem hinc inde viuentem impetus, adeoque conſtituebantur *viſitatores*, frequentius eccleſias minores inuiſentes, qui περιοδευταὶ, *circuitores* dicebantur, qui in locum chorepiſcoporum erant conſtituti, vt illi eo magis abolerentur. Hiſce viſitatoribus vtplurimum committebantur *ſedes vacantes*, quod iam aliquid poteſtatis epiſcopalis gererent, vel *vacantibus epiſcopis* commendabantur, qui interim eam gubernabant.

e) In illas ſcilicet ſedes, quæ nulli alii metropolitano in Italia, ſed ſoli Romano parebant, quas recenſet CAROLVS A S. PAVLO in *geographia ſacra tom. I. p. 36.* Hæc diſciplina vſque ad GREGORII M. tempora durauit, qui, proinde frequentius a ſe conſtitutos et delegatos fuiſſe *viſitatores* ad vacantes eccleſias in ſuis epiſtolis indicat. Pariter metropolitano decedente, in defectu *primatum*, ſerius in occidente inſtitutorum, curam vacantis eccleſiæ ad ſe pertinere credidit. Curam ſuam GREGORIVS M. *lib. II. indict. XI. ep.* 20. generatim his prodit verbis: *maiori valde cura conſtringimur, ne defunctis earum* (eccleſiarum, hoſtili impietate in diuerſis ciuitatibus profligatarum) *ſacerdotibus, reliquiæ plebis, nullo paſtoris moderamine gubernante per deuia fidei hoſtis callidi, quod abſit, rapiantur inſidiis. Huius ergo ſollicitudine ſæpe commoti, hoc noſtro ſedit cordi conſilium, vt vicinis eas mandaremus pontificibus gubernandas.* Hoc conſilium, viciniori commendandi ſedem vacantem, ſæpe deduxit in vſum, quod in *Hiſpania* iam antea per *concilium Valentinum anno DXXIV. c. 2.* quoque ita determinatum erat, vt mox vicinior adiret interim eccleſiam vacantem, donec ad metropolitani notitiam cauſſa delata, et ab eo tali perſonæ commendata fuerit eccleſia, quæ conſueta clericis ſtipendia diſpenſaret; metropolitano de reliquis reddituræ rationes, ſi ob iuſtum impedimentum dilata fuerit electio.

Qui earum cuſtodiam habere dicebantur.

vero a propriis metropolitanis. f) Huic viſitatori *commendari* interim eccleſia, vel ille eius *cuſtodiam* habere dicebatur, g) donec epiſcopus electus eſſet, quæ *cuſtodia* eo magis neceſſaria erat, quod epiſcopus olim omnium bonorum eccleſiaſticorum curam haberet, eorumque diſpenſator eſſet legitimus ante *beneficiorum* introductionem. Sic itaque pariter præter curam animæ viſitatori interim *diſpenſatio bonorum* incumbebat, ita inſtituenda, vt et ipſemet pro *cura* et *cuſtodia* certam partem caperet, aliquando a metropolitano determinatam. h) Officiis

f) Id modo ex *concilio Valentino* probatum eſt. In Gallia pariter hæc cura propria erat metropolitano, teſte HINCMARO *tom. I. oper.* ita ſcribente: *in prouincia ſi fuerit defunctus epiſcopus, ego et non tu viſitatorum viduata deſignabo eccleſia;* quamuis regio conſenſu id fieri debuerit, vt §. *ſeq.* tradam. In capitulis CAROLI CALVI imperatoris *apud Cariſiacum* de anno DCCCLXXVII. a STEPHANO BALVZIO *tom. II. capitul.* 259. relatis *c.* 8 epiſcopi conſilium dant, quomodo, tempore abſentiæ eius, in Italia vacantibus eccleſiis proſpiciendum ſit. *Si antequam*, aiunt ad imperatorem, *iuuante Domino reuertamini, aliquis archiepiſcopus defunctus fuerit, vicinus epiſcopus ipſius diœceſeos cum* COMITE *ipſam ſedem prouideat, vſque dum obitus ipſius archiepiſcopi ad veſtram notitiam perueniat. Si aliquis epiſcopus interim obierit, archiepiſcopus ipſi ſedi viſitatorem ſecundum ſacros canones deputet, qui vna cum* COMITE *ipſam eccleſiam, ne prædetur*, CVSTODIAT, *vſque dum ipſius epiſcopi obitus ad veſtram notitiam perueniat. Si abbas vel abbatiſſa obierit, epiſcopus, in cuius parochia monaſterium eſt, vna cum comite illud monaſterium* CVSTODIAT, *vſque dum veſtra iuſſio inde fiat.*

g) Hoc demonſtratum eſt ex capitulari in nota præcedente adducto, vnde quatuor potiſſimum obſeruo: (1) Archiepiſcopos viſitatorem ſedi vacanti dediſſe ſecundum canones antiquos: (2) viſitatorem vna cum *comite, regio nomine*, interim ei proſpexiſſe; (3) hanc fiduciariam curam in *cuſtodia eccleſiæ*, conſtitiſſe, ne aliis in prædam cederet: (4) mortuo abbate vel abbatiſſa, epiſcoporum *cuſtodiæ* commiſſa fuiſſe monaſteria. Vocatur etiam hæc cuſtodia *commendatio*, qua voce vtitur IO. DIACONVS in *vita Gregorii M. lib. III. c.* 12. atque: *defunctorum epiſcoporum eccleſias pro faciendo inuentario et eligendo optime optionis epiſcopo, vicinis epiſcopis* COMMENDABAT.

h) Hac diſciplina iam vſus eſt GREGORIVS M. *lib. VII. ep.* 7 quod æquitati conueniens eſſet, vt qui laborem interim ſuſtineret et eccleſiam cuſtodiret, etiam fructus ſuorum laborum cape-

ficiis minoribus in eccleſia cathedrali vel aliis minoribus vacantibus, cura eius interim redibat ad epiſcopum, qui itidem vel eandem interim prouiſionaliter alii commendabat, ex communibus reditibus ſuſtentando: vel mox alium in locum decedentis ſubſtituebat, quod facilius hoc caſu fieri poterat, quam decedente epiſcopo. Poſtquam vero progreſſu temporis ſingulis officiis ſacris, et ſic etiam epiſcopalibus functionibus, peculiaria bona *iure perpetuo* aſſignata, et hæc *iure beneficii* ſeu *feudi* collata fuerunt, antiqua illa *œconomia eccleſiaſtica* diſpenſandi reditus in clericos pro *quarta parte*, ſecundum arbitrium epiſcopi, deſiit, et ſingulis officiis certi reditus, vnde viuerent epiſcopi et clerici alii, attributi, vt ſic, vacante officio ſacro, etiam vacaret beneficium, i) de cuius cuſtodia iam agendum eſt.

Beneficiis introductis, ius cuſtodiæ diuerſum introductum eſt.

§. XI. Obſeruandum vero eſt, epiſcoporum ſicut in *oriente* cum conſenſu imperatoris, ita in occidente ſub regibus Francorum electiones a populo et clero quidem factas fuiſſe, eas

Electiones epiſcoporum ab aſſenſu regum dependerunt.

caperet. Etenim eccleſiæ *Tarracinenſis vacantis cuſtodiam* Panormitano epiſcopo *lib. VII. epiſt.* 75. hoc modo committit: *et ideo ſollicitudinem vos conuenit adhibere, vt quicquid de poſſeſſionibus eccleſiæ ipſius in qualibet re accedere potuerit, vobis vel in reparatione eiuſdem eccleſiæ ſiue cleri ipſius ſubuentionem proficiat: quatenus et nos remedium pro veſtro labore capere, et illi aliquod valeant ſuſtentationis habere ſolatium.* Euidentius *lib. II. epiſt.* 35. ſubdiacono nuncio ſuo in Campania mandat, quid Paulo viſitatori pro labore viſitationis præſtandum eſſet. *Prædicto autem Paulo fratri et coëpiſcopo noſtro*, ſcribit, *centum ſolidos, et vnum puerulum orphanum, quem ipſe elegerit, pro labore ſuo de eadem eccleſia faciat dari.*

i) Ab hoc tempore etiam eccleſiæ minores vacare ſeu reditus vacantis beneficii ſub *cuſtodiam* cadere dicebantur, quod morte defuncti clerici eorum perceptio ſiſteretur; et hæc interim alii aſſignanda vel ſuperiori aut collatori reſeruanda eſſet.

eas tamen omne pondus ab *aſſenſu regum* accepiſſe k) et ſic non

k) Hiſtoriam antiquarum electionum, maxime a temporibus CAROLI M. plenius recenſuit tradiditque THOMASSINVS *P. II. lib. 2. de diſcipl. eccleſ. c. 20. ſeqq.* Ius vero electionum antiquum a ſæculi VI. temporibus in regno Francorum quoad maximam partem a nutu regum dependiſſe docet *ſynodus Aurelianenſis V.* (vel vt alii loquuntur IV.) *de anno DXLIX. c. 10.* vt *nulli epiſcopatum præmiis aut comparatione liceat adipiſci, ſed cum* VOLVNTATE REGIS, *iuxta electionem cleri ac plebis ſicut in antiquis canonibus tenetur ſcriptum, a metropolitano, vel quem in vice ſua præmiſerit, cum comprouincialibus pontifex conſecretur.* Hoc modo *lege eccleſiaſtica* cauerunt Aurelianenſes patres, vſumque regii iuris agnouerunt. Vſum eius præterea formulæ MARCVLFI egregie euincunt, quarum prima *lib. I. c. 5* habet *præceptum de epiſcopatu* in quo hæc notatu digna verba occurrunt: *de cuius ſucceſſore ſollicitudine congrua vna cum pontificibus vel proceribus noſtri plenius tractantes decreuimus, inluſtri viro aut venerabili illo in ipſa vrbe pontificialem in DEI nomine committere dignitatem.* Procerum hic ſit mentio, qui vicem *plebis* ſupplebant. *Regis* de epiſcopatu *præcepti* facit quoque mentionem GREGORIVS TVRON. *lib. VI. c. 7.* Altera formula eſt *lib. I. c. 6.* quæ eſt *indiculus regis ad epiſcopum, pro ordinatione epiſcopi electi,* qui denotat *epiſtolam ſine ſubſcriptione regis,* in qua eadem formula reperitur iiſdem pœne verbis. Denique tertia eſt *lib. I. c. 7.* quæ continet nominationem *populi* ſeu *conſenſum* in eum, quem præuia electione deſignauerat, eumque ad regem dirigebat, cum inſertis inſcriptionibus et ſignaculis, cuius hæc verba notanda: *ſupplicitter poſtulamus, vt inſtituere dignemini virum illum aut venerabilem illum cathedra illius ſucceſſorem etc.* Præmittebatur itaque *deſignatio* ſubiecti, præuia electione cleri et populi ſeu vice eius *procerum.* Sequebatur *poſtulatio* ad regem. Denique ipſa *regia collatio* vel *inueſtitura* ſeu *conceſſio epiſcopatus,* ſi in deſignatum conſentiebat, ſequebatur, cum epiſtola ad conſecratorem directa pro conſecrando epiſcopo. Neque aliter intelligi debet *capitulare Aquiſgranenſe* CAROLI M. de anno DCCCIII. *c. 2.* apud BALVZ. *tom. I. capitular. p. 379. ſacrorum canonum non ignari, vt in DEI nomine ſancta eccleſia ſuo liberius potiretur honore adſenſum ordini eccleſiaſtico præbuimus, vt ſcilicet epiſcopi per electionem cleri et populi ſecundum ſtatuta canonum de propria diœceſi, remota perſonarum et munerum acceptione, ob vitæ meritum et ſapientiæ donum eligantur.* Neque enim hac ipſa electione inueſtitura regia excludebatur, quæ potius omne punctum in conſtituendis epiſcopis faciebat, ceu euidentius euincit SIGEBERTVS GEMBLACENSIS in *chron. ad ann. DCCLXXIII.* quod teſtimonium recitat GRATIANVS in *c. 22. diſt. LXIII.* vnde conſtat in ſynodo Lateranenſi hoc modo cautum fuiſſe: *inſuper archiepiſcopos et epiſcopos per ſingulas pro-*

non adeo a veritate alienum eſſe, reges *ius inueſtiendi* epiſcopos et abbates exercuiſſe. l) Quamuis vmbra quædam electio-

Qui eos cum abbatibus inueſtiebant.

nis,

prouincias ab eo inueſtituram accipere diffiniuit, et vt, niſi a rege laudetur et inueſtiatur epiſcopus, a nemine conſecretur. Nihil noui CAROLO M. conceſſum, ſed ius vetus dumtaxat corroboratum præcedentia demonſtrant, quæ itidem poſt electionem et præſentationem regi factam eidem attribuunt *inueſtituram* et vſus ſequentium temporum demonſtrat, vt docet HINCMARVS *tom. II. p* 189. *et* 193 BARONIVS quidem ad *ann DCCLXXIV.* §. 13 *ſeqq.* commentitiam hanc ſynodum confictamque a SIGEBERTO cenſuit, quod nec EGINHARDVS nec alii coæui eius concilii mentionem fecerint. Verum argumenta, quibus hanc imaginariam impoſturam deſtruere conatur BARONIVS, deſtruxit PETRVS DE MARCA *de conc. ſacerd. et imp. lib. VIII. c.* 12. *et* 10 § 6 Neque enim aſſeri poteſt, hoc *concilii Lateranenſis* decretum confictum eſſe a SIGEBERTO, cuius iam meminit LEO VIII. longe ante SIGEBERTVM anno DCCCCLXIII cuius verba ibidem refert GRATIANVS in *c.* 23. *diſt. LXIII.* Nec mirandum eſt, hodie *concilii Lateranenſis* capita non amplius extare, ſine dubio arte vel aſtutia pontificum ſuppreſſa et dumtaxat in archiuo vaticani aſſeruata, quorum LEO VIII. mentionem facere non potuiſſet, niſi eius tempore adhuc integra acta exſtitiſſent, quem ideo catalogo paparum expungere conatus eſt BARONIVS. Multa alia capita ex conciliis iam deperditis nobis conſeruauit GRATIANVS, quæ eius tempore vel adhuc extiterunt, vel ab aliis coæuis relata fuerunt, vnde ſua depromſit. Prolixior adhuc in refellendo BARONIO eſt PFEFFINGER ad *vitriar. iuis publ. lib. I. tit.* 15. §. 23. *in not*

l) Eleganter hanc inueſtituram *feudalem* vocat CRANZIVS *lib. II. metropol c.* 2. ediſſerens de electo REMBERTO archiepiſcopo Bremenſi: *pallium pontificale ſuſcepit Rembertus a papa Nicolao, ferulam paſtoralem, h. e.* INVESTITVRAM FEVDALEM *a Ludouico rege Germaniæ.* Adalbertus, electus antiſtes Pragenſis, Veronam, vbi OTTO ſecundus tunc erat, profectus eſt pro accipienda inueſtitura. *Ibi eum paſtorali virga inueſtiuit Otto ſecundus*, vt ait Monachus in *vita S. Adalberti* apud HENSCHENIVM in *act SS. ad d.* 23 *April.* Hoc enim tempore etiam deſignatio ſubiecti vtplurimum ab imperatoribus dependebat, teſte monacho Leodienſi REINERO in *vita S. Wolbadini Leodienſium epiſcopi c.* 1. apud EVNDEM in *actis SS. ad d.* 21. *April. Directa eſt ad imperatorem* (Henricum S. intelligit) *legatio eccleſiæ Leodienſis, alium ſibi paſtorem ſubſtitui per litteras vtrosque induſtrios expetentes. Erat tunc quippe regia poteſtatis ſeu iuris epiſcopos ad ſuum arbitrium electos, per baculum et annulum inueſtire, nec non deſtinare eccleſiis cum ſua commendatione.*

Digitized by Google

nis, qua nominabatur epiſcopus, ſupereſſet, m) abbates vero liberius, etiam ſine electione, a regibus conſtituerentur. n) Poſt tempora Carolingica epiſcoporum et prælatorum ſedes fere vnice ab *inueſtitura per annulum et baculum* imperatorum dependerunt, vſque ad HENRICI V. tempora exercita, cui tandem illa per pontificem extorta fuit. Quæ cum ita eſſent, *inueſtitura* hæc, qua epiſcopi auctoritate regum conſtituebantur, ad mores feudorum fuit compoſita, præſertim cum etiam epiſcopis, ad imitationem aliorum minorum clericorum, ſua eſſent *beneficia*, per hanc inueſtituram collata, quorum dominium directum, vt loquuntur, ſeu ius præeminens, quod feudiſtæ domino aſſignant, exercebant reges et imperatores, adeo, vt ſicuti morte vaſalli feudum vacaret et reuerteretur ad dominum, ita etiam hæc *beneficia* epiſcoporum et prælatorum vacantia interim ſub *cuſtodia* eorum eſſent, hoc tantum diſcrimine ſeruato, vt ſecularia libere reuerterentur ad dominum et penes eum eſſet, vtrum filio defuncti vel alii conferre, an fiſco ſuo reſeruare mallet: beneficia eccleſiaſtica vero neceſſario alteri eſſent conferenda. Hæc cuſtodia, quia beneficium vacabat, ordinabatur per metropolitanum ſub *auctoritate regia*, conſtituto *viſitatore*, qui interim ſedi vacanti proſpiceret, cui quidem reditus quidam aſſignabantur ex vacante beneficio, reliqui tamen, qui ſupererant, cedebant regibus vel imperatoribus iure poteſtatis *conferendi* vel *inueſtiendi de beneficio*, more

Poſt tempora Carolingica liberius.

Et ita cuſtodia vacantium prælaturarum penes reges et imperatores erat.

Cum perceptione redituum.

m) Maxime ſub ſtirpe Carolingica, nam ea exſtincta, liberius etiam ſine *electione*, imperatores de epiſcopatibus diſpoſuerunt.

n) Si abbatiæ eſſent *regales*, quibus opponebantur *epiſcopales*, quæ diœceſi epiſcopali ſubiectæ erant. Illæ regii iuris erant, et ſic etiam ibidem prælatos conſtituebat imperator, vt pluribus declarat THOMASSINVS *P. II. de vet. et nou. eccleſ. diſcipl. lib. II. c. 28. §. 2. ſeqq.*

re feudorum communi. o) Hæc regia poteſtas percipiendi reditus potiores vacantis beneficii dicta eſt poſtea *ius regaliarum*, *Inde ius regaliarum.*

o) Iam obſeruaui ad §. X. *not. f.* abſente CAROLO CALVO conſtitutos fuiſſe a *metropolitano* et *comite* viſitatores eccleſiæ vacanti, qui *cuſtodiam eccleſiæ vacantis* interim habebant, ex qua cuſtodia ius percipiendi reditus vacantis beneficii enatum eſt. Quia enim hoc iure vtebantur domini feudi poſt mortem vaſalli, etiam imperatores regesque Galliæ, quibus inueſtitura de vacante epiſcopatu competebat, *cuſtodia* iure reditus vacantis epiſcopatus ſibi *iure feudi* tribuebant, vt recte ait THOMASSINVS *cit. l. c.* 23 §. 12. *et c.* 24 § 5 Idem obſeruat PETRVS de MARCA *de concordia ſac et imp. lib. VIII. c.* 22 § 5. aiens: *vnde factum eſt, vt quemadmodum plurimarum huius regni prouinciarum conſuetudo domino feudi adducit vſumfructum, quoties feudum vacat per mortem vaſalli, id quod vulgo* RELEVIVM *vocant; ſic reges eo feudorum iure quoad regalia ſiue patrimonia epiſcopatuum vſi ſunt interim, dum eorum cuſtodiam ad ſe receperant, donec ſedi vacanti præfectus eſſet epiſcopus et donec inueſtituram a rege accepiſſet, iuramentumque fidelitatis præſtitiſſet* Idem fere argumentum ex *feudorum ratione* tractum adductum eſt in *tract. generali de regal.* ex gallico in latinum ſermonem verſo *lib. I. c.* 7. § 3. et inprimis *c. VIII.* Neque potuit diſſimulare GREGORIVS X. in *concil. generali Lugdun c.* 12. (qui refertur in *c.* 13 *de elect. in* 6.) ius hoc *cuſtodia* vel *guardia* ex antiquo more in pluribus epiſcopatibus et prælaturis fundatum eſſe: eos tantum damnandos cenſet, *qui regalia, cuſtodiam, guardiam aduocationis ſeu defenſionis titulum in eccleſiis, monaſteriis ſeu quibuslibet aliis piis locis de nouo vſurpare conantes, bona eccleſiarum, monaſteriorum, aut locorum ipſorum vacantium occupare præſumunt.* Agnouit vſum huius iuris antiquum, ſed illum admittere noluit in iis eccleſiis et monaſteriis, in quibus huc vſque haud viguerat. Illum non ſuſtulit nec tollere potuit, præſertim quod hoc concilium in præſentia legatorum PHILIPPI III. regis Galliæ celebratum fuerit, addit enim: *qui autem ab eccleſiarum ipſarum ceterorumque locorum fundatione vel ex antiqua conſuetudine iura ſibi huiuſmodi vindicant, ab illorum abuſu ſic prudenter abſtineant, et ſuos miniſtros in eis ſollicite faciant abſtinere, quod ea, quæ non pertinent ad fructus ſiue reditus prouenientes vacationis tempore non vſurpent: nec bona cetera, quorum ſe aſſerunt habere* CVSTODIAM, *dilabi patiantur ſed in bono ſtatu conſeruent.* In hoc canone præcipue arcem cauſſæ ſuæ conſtituunt Galli, regi ſuo hoc ius aſſerentes, quod plenius propugnat NATALIS ALEXANDER *tom. VII. hiſtor eccleſ differt. VIII. art.* 1. §. 3. Pontifex enim ipſe hoc *ius cuſtodia* petit ex *fundatione eccleſiarum* et *monaſteriorum*, quæ in Germania et Gallia imperatoribus et regibus merito in plurimis tribuenda, vnde, ad inſtar *feudorum*, *dominorum* ius quoddam inue-

rum, quod quidem poſtquam in varios abuſus tractum eſt, cum inueſtitura per annulum et baculum deponere coacti ſunt imperatores, ſed reges Galliæ ad noſtra vſque tempora ſtrenue exercuerunt, ſibique, non obſtantibus grauiſſimis curiæ Romanæ contradictionibus, aſſeruerunt. Cauſſæ contentionum de hoc iure obortarum in Anglia, Gallia et Germania fuerunt varii abuſus, qui exercitium huius iuris infecerunt. Hi ad quinque capita reduci poſſunt: (1) quod per ſimoniam p) pleræque prælaturæ venderentur: (2) electiones vel inueſtituræ ad annum et vltra extenderentur: q) (3) ad hoc iuris exercitium

Variis abuſibus ſubiectum.

inueſtiendi, ex hoc vero *ius cuſtodiendi* vacantem eccleſiam vel monaſterium conſequebantur, et ita *antiqua conſuetudo*, cuius meminit GREGORIVS X. optimum fundatumque titulum habuit. Ita enim cenſet NATALIS ALEXANDER *cit. l.* §. 4. aitque: *Iuris regaliæ titulus eſt vacatio feudorum regalium, quæ cum iiſdem legibus et conditionibus ab eccleſiaſticis perſonis, ac a reliquis hominibus poſſideantur, conſequens eſt, vt ius per obitum epiſcoporum, qui regi fidelitatem obſtrinxerant, vacantibus, rex ea ad ſe recipere poſſit ac retinere, donec nouus epiſcopus inueſtituram acceperit, regique clientelare ſacramentum præſtiterit. Interimque rex vſumfructum redituum habet, adeoque et ius collationis beneficiorum, quæ in fructibus cenſentur.*

p) De *labe Simoniaca* tempore HENRICI IV. in Germania exercita nihil attinet dicere, atro carbone notata a LAMBERTO ad *ann. MLXIII.*

q) Ex antiquitatibus palam eſt, ius hoc variis aliis abuſibus ſubiectum fuiſſe, et magnopere vltra *morem antiquum*, ſecundum quem tamen regi et exerceri debebat, extenſum. Etenim ſæpe differebant inueſtituras et deſignationes ſucceſſorum in prælaturam diuturno tempore, quo ex his reditibus diutius paſcerentur imperatores et reges, vel etiam poſt inueſtituras adhuc retinebant ſibi bona eccleſiaſtica ad annum et vltra. Huic abuſui obuiam itum in Anglia, per iuramentum, a rege in coronationis actu inter cetera capita huc quoque directum: *quod defunctis epiſcopis non retineret eccleſias in manu ſua, ſed* STATIM *electioni canonicæ conſentiens, electos* CONTINVO *inueſtiret.* Hoc iuramento obſtrictus fuit STEPHANVS anno MXXXV. referente MATTHAEO *Pariſ. in hiſtor. Angl. ad cit. ann. p.* 62. mox tamen addente: *ſed nihil horum, quæ DEO promiſerat, obſeruauit.* Idem abuſus adhuc continuatus eſt ab HENRICO II. vnde nata eſt contentio illa decantata inter regem et THOMAM Cantuarienſem archiepiſcopum, ob quam miſere trucidatus

tium collationes beneficiorum interim vacantium traherentur: r) (4) ipſa bona prælatorum decedentium *iure ſpolii* in

tus eſt. Ipſius cauſſæ fata refert plenius NATALIS ALEXAND. *ad. ſæc. XI. et XII. diſſ.* 10. *art. I.* Eundem abuſum quoque in Germania commiſiſſe imperatores conſtat ex FRIDERICI II. diplomate apud MEIBOM. *tom. III. rerum German. in decedent. minor. prælat. relict. poſſeſſ.* in quo etiam aſſerit, prædeceſſores conſueuiſſe *reditus et prouentus per totius anni curriculum, ita prorſus auferre, vt non poſſint ſolui debita præcedentis, nec ſuccedenti prælato neceſſaria miniſtrari.* Hoc videbatur contra morem feudorum eſſe, quo vaſallo inueſtito ſtatim fructus et obuentiones præſtari debebant, quos imperatores tamen poſt inueſtituram etiam ad *anni curriculum* retinebant. Etiam in Gallia electiones et inueſtituras ob hunc quæſtum ſæpius dilatas fuiſſe ad diuturnum tempus teſtis eſt S. BERNHARDVS in *epiſt.* 122. ad Sueſſionenſem epiſcopum: *Habeat rex aduerſus comitem ius: ſed de quo iure præſumit, vt eccleſiarum poſſeſſiones et terras deuaſtet, vt Chriſti ouibus paſtores præfici non permittat, vt his quidem electorum promotionem prohibeat: aliis vero (quod hactenus inauditum eſt) dilationem electionis inducat, donec vniuerſa conſumſerint, donec diſſipauerit pauperum facultates, donec penitus deſoletur terra.* Grauiter præterea hunc abuſum notat in *epiſt.* 224. *ad Stephanum Præneſt. epiſcopum,* ſcribitque: *conculcantur apud nos ſancta, eccleſia turpiter ancillatur. Nam et electiones epiſcoporum prohibentur fieri, et ſi vbi id præſumtum a clericis fuerit, electus epiſcopari non ſinitur. Denique ſedet in triſtitia eccleſia Pariſienſis, proprio deſtituta paſtore, et nemo eſt, qui de alio ſubſtituendo mutire audeat. Non ſufficit ſpoliari bonis præſentibus domos epiſcopales: etiam in terras et in homines manus ſacrilega circumquaque deſæuit, totius anni ex iis reditus ſibi vindicando.*

r) Quia *collatio beneficiorum vacantium* in epiſcopatu regulariter ad epiſcopum pertinebat, ſimulque *in fructu* eſſe credebatur ſecundum *gloſſam* in *c.* 13. *de elect. in* 6. etiam ius conferendi beneficia vacantia tempore ſedis vacantis exercebant reges et imperatores, quod omnes *fructus* vacantis epiſcopatus perciperent, beneficiorum autem collationes *fructibus* annumerarentur. Huius extenſionis *cuſtodia regalis prælaturarum vacantium* facit mentionem ALEXANDER III. in *collect. prima antiq.* ab AVGVSTINO edita in *c.* 6. *de iur. patron.* quam non abſolute improbat, ſed aliunde deciſionem format, his verbis: *ex diligente relatione magiſtri E. accepimus, quod cum bonæ memoriæ R. quondam epiſcopus veſter de aſſenſu et voluntate veſtra ipſum in canonicum eccleſiæ veſtræ recepiſſet, aſſignans ei XL. ſolid. ſub annua penſione nomine præbendæ percipiendos, quouſque præbenda vacaret in eccleſia eadem, ad quem ipſum intitulauit, cum eum ad diaconatus ordinem promouit, prædicto epiſcopo de medio ſublato, et reditibus epiſcopatus* AD FISCVM DEVO-

LV-

in fiſcum regium raperentur: s) (5) ipſa denique bona eccle-

LVTIS (iure cuſtodiæ) *cum quadam præbenda in iam dicta eccleſia vacaret, cariſſimus in Chriſto filius noſter H. illuſtris rex Anglorum eam Thomæ clerico ſuo contulit* (quod collatio beneficiorum ad fructus vacantis epiſcopatus pertineret) *cui etiam aliam poſtmodum in eadem eccleſia vacantem cum archidiaconatu, ad quem dicitur pertinere, conceſſit, quas inſimul non debet habere, cum nulli ſit licitum, in vna et eadem eccleſia duas præbendas obtinere. Quo facto, idem Thomas fructum præbendæ ſibi prioris taliter collatæ Stephano fratri ſuo* DE REGIA POTESTATE *confiſus conferre præſumſit.* Hæc erat facti ſpecies, in qua nihil illegitime factum exiſtimabat ALEXANDER III. niſi quod α) Thomas poſt ſuſceptum archidiaconatum fratri ſuo Stephano contulerat præbendam priorem *iure regio* ſibi conceſſam, quam non poterat ſimul cum archidiaconatu retinere, nec in alium transferre, adeoque *pro non dato habendum, quod ab illo datum erat, qui non poterat donare.* Non improbat *regiam collationem*, ſed potius agnoſcit, illam *iure regio* fieri potuiſſe, ſed ceſſionem illam in fratrem Stephanum improbat. Verum non neceſſe erat in hoc caſu hanc mouere quæſtionem, quam indeciſam relinquit pontifex, cum potius ex alio fundamento quæſtionem adductam decidat, regiam autem collationem in ſuſpenſo relinquat. Grauiter enim obſtat patronis iuris regaliarum, quod collatio beneficiorum ſede vacante nequidem ad *capitulum* ſpectet, ſed futuro reſeruanda ſit epiſcopo per *c. 2. X. ne ſede vac. c. 1. eod. in 6* et valde improprie collatio præbendarum *fructibus* epiſcopatus annumeretur, quamuis Galli ab hac ſententia ſe dimoueri non patiantur.

s) Secundum antiquam eccleſiæ diſciplinam quicquid ex eccleſiæ reditibus ſupererat, reuertebatur ad eccleſiam *c. 9. et 12. X. de teſtam.* Extinctis itaque epiſcopis, maxime parum vel nihil tempore promotionis habentibus, quælibet ab eo relicta, maxime *mobilia*, quibus ſubſtantia epiſcoporum vtplurimum conſtabat, ſub ſuam ſuſcipiebant clerici cathedralis eccleſiæ cuſtodiam, ſed ſub prætextu *cuſtodiæ* diripiebant et tanquam *res eccleſiæ*, quorum interim *curam* habebant, vel potius tanquam *reditus eccleſiaſticos* in ſuos vſus vertebant. Etenim hi, qui ſenatum eccleſiaſticum ſub epiſcopo viuente conſtituebant, eo mortuo regimen eccleſiæ interim gerebant, et ſic quoque *diſpenſationem* bonorum eccleſiaſticorum habebant, quæ prætextum iis præbebat, diripiendi ea, quæ in domo defuncti epiſcopi reperiebantur. Malum hoc inuaſerat iam eccleſiam ante *concilium Chalcedonenſe*, in cuius c. 22 relato a GRATIANO *c. 43. C. XII. q. 2.* anno CCCCLI. cautum erat: *non liceat clericis poſt mortem epiſcopi ſui rapere res pertinentes ad eum, ſicut iam præcedentibus regulis conſtitutum habetur.* Sed non ceſſauit hæc *rapacitas deteſtabilis et ſæua*, vti vocatur *in c. 47. C. XII. qu. 2.* denuo variis

variis in concilliis caſtigata, in primis *Ilerdenſi de anno DXLVI. c.* 16. relato à GRATIANO in *c.* 38. *ibid.* vbi cautum omnia vſque ad tempus pontificis ſubſtituendi eſſe conſeruanda, quem in finem etiam *viſitatores* mox in eccleſiis viduatis conſtituebantur. In oriente has exuuias epiſcoporum *metropolitani* paſſim ſibi adſcribebant, quibus id prohibendum eſſe cenſebant patres in *ſynodo Trullana anno DCCVI. c.* 35. relato in *c.* 48. *C. XII. q.* 2. *non liceat alicui metropolitano mortuo epiſcopo, qui ſub eo eſt, aut res eius, aut eccleſiæ ſuæ auferre, ſed ſint ſub* CVSTODIA *cleri eccleſiæ defuncti, vſque dum alius ordinetur epiſcopus.* Parum vero ita proſpectum eccleſiæ vacanti ſed magis anſa clericis data, *ſpolia* hæc ſub prætextu *cuſtodiæ luctroſæ* ad ſe trahendi. Adhuc ſub INNOCENTIO II. anno MCXXXIX. *in concilio Lateranenſi c.* 5. relato in *c.* 47. *C. XII. q.* 2. repetita fuit prohibitio concilii Chalcedonenſis, *vt videlicet decedentium bona epiſcoporum a nullo omnino hominum diripiantur.* Addunt patres: *ceſſet igitur de cetero illa deteſtabilis et ſæua rapacitas*, quæ eo tempore ab imperatoribus et regibus paſſim exercita erat *ſub iuris ſpolii* appellatione. Videlicet, quia iam dudum inualuerat mos, reditus vacantis eccleſiæ ex iure *cuſtodiæ*, ſecundum mores feudorum domino inueſtienti debitæ, ſuos faciendi, ex vſu ipſius eccleſiæ hactenus recepto, licet reprobato, ſub cuſtodiam ſuam recipiebant exuuias defuncti prælati, easque reditibus vacantis eccleſiæ facile attribuebant, quod verbis BERNHARDI in *nota præced.* iam illuſtratum eſt. Dimiſerunt tandem imperatores hunc iuris *cuſtodiæ* deprauatum vſum, ceu docet diploma OTTONIS IV. de anno MCXCVIII. apud SCHATENIVM in *annal. Paderborn. ad cit. ann. p.* 915. *præterea conſuetudinem minus decentem, quam Fridericus imperator contra iuſtitiam induxerat ſcilicet, quod decedentibus principibus eccleſiaſticis videlicet perſonis quemadmodum archiepiſcopis, epiſcopis, abbatibus, abbatiſſis vel præpoſitis eorum ſuppellectilem ſibi violenter vſurpauit, penitus abolemus nec a nobis nec a noſtris ſucceſſoribus retractandum.* In diplomate de anno MCCX. apud EVNDEM ad *cit. ann. p.* 956. non FRIDERICI I. (quod etiam erroneum eſſe, antea dicta facile monſtrant) fit mentio, ſed potius dicitur: *illum igitur abolere volentes abuſum, quem interdum quidam prædeceſſorum noſtrorum exercuiſſe dicuntur in electionibus prælatorum, concedimus et ſancimus, vt electiones prælatorum libere et canonice fiant, quatenus ille præficiatur eccleſiæ viduatæ, quem totum capitulum vel maior et ſanior pars ipſius duxerit eligendum, dummodo nihil ei obſtet in canonicis inſtitutis - - - Illum quoque dimittimus et refutamus abuſum, quem in occupandis bonis decedentium prælatorum aut etiam eccleſiarum vacantium noſtri conſueuerunt anteceſſores committere pro motu propriæ voluntatis.* Adhuc expreſſius OTTO IV. in diplomate anno MCCIX. archiepiſcopo Magdeburgenſi ALBERTO dato antiquum hoc ius *cuſtodiæ* et inde dependentia commoda ſimilibus declarat verbis apud TÖLNERVM in *hiſtor. Palat. eiusque cod. diplom. n.* 71. Pariter FRIDERICI II. diploma de anno MCCXVI. ad eundem *archiepiſcopum* directum apud TÖLNERVM *cit. l. n.* 78. idem euincit, monſtratque, conſueuiſſe impe-

 rato-

eccleſiaſtica tempore cuſtodiæ variis aliis exponerentur abuſibus. t)

§. XII.

ratores, quoties epiſcoporum et archiepiſcoporum libertates atque iura eo tempore confirmarunt, huic *iuri ſpolii* renunciare. Ita enim prælaudatus imperator: *ideoque veterem illam conſuetudinem deteſtantes, quam anteceſſores Romari imperatores et reges in cathedrales exercuerunt eccleſias et abbatias, quæ* MANV REGIA *porriguntur, quod videlicet decedentibus epiſcopis et prælatis eorum non tam reliquias rerum mobilium eorundem conſueuerunt occupare et conuertere in vſus proprios occupatas, quam etiam reditus et prouentus per totius anni curriculum ita prorſus auferre, vt non poſſint ſolui debita decedentis nec ſuccedenti prælato neceſſaria miniſtrari.* Conf. MEIBOMII *diſſert. de iure quodam antiquo imperat. German. in decedent. mai. prælat. relict. poſſeſſ. tom. III. rer. German. p.* 185. relata.

t) Referuntur hæc grauamina, in Anglia præſertim commiſſa, in *concilio Lambethenſi* ſub BONIFACIO Cantuarienſi archiepiſcopo anno MCCLXI habito ab HARDVINO *tom. VII. concil. p.* 542. relato his verbis: *accidit etiam aliquando, quod domino rege vel alio magnate eccleſiarum cathedralium vel conuentualium de regni conſuetudine,* CVSTODIAM EXERCENTE, *cum ſecundum chartam libertatum, ab eodem domino rege et ſuis prædeceſſoribus eccleſiæ conceſſarum, tantummodo rationabiles exitus capere debeat, ac rationabiles conſuetudines, ac rationabilia ſeruitia talis* CVSTOS; *et hoc ſine deſtructione, diſſipatione et vaſto rerum et hominum: baillivi tamen regis vel magnatis tutelam vel cuſtodiam exercentes, præter tallagia immoderata, quæ imponunt hominibus, et tenentibus eccleſiarum vacantium minus iuſte; bona mobilia et immobilia pleramque hominum et tenentium prædictorum ſic vacantis eccleſiæ in tali* CVSTODIA *ſeu cruciatu potius conſtitutæ, conſumunt prodigaliter et dormunt violenter, parcos, nemora et vinaria deſtruentes; et domos, habitationes et grangias ceteraque ædificia, quæ ſuſtineri deberent in bono ſtatu, ex negligentia vel malitia, quandoque diſſipare et ruere permittentes; bona dilapidant, pauperes et alios male tractant, non ſolum ad ea, quæ ratione* CVSTODIAE *obtinere conſueuerunt, manus extendunt, ſed etiam ad bona ſuperſtitum, et ad ea, de quibus conuentus eccleſiarum ipſarum ſuſtentari deberet; et ad ea etiam, quæ ratione baroniæ ad dominum regem vel magnates alios vel ad eorum adminiſtrationem ſeu diſpoſitionem, cum ſint ſpiritualia vel annexa ſpiritualibus, pertinere non poſſunt, vtpote ad decimas, oblationes altaris, epiſcopatibus ſeu monaſteriis appropriatas, et ad ſimilia, quæ profanis vſibus applicari non debent.*

Digitized by

§. XII. Quia vero *beneficiorum minorum* collatio in quacunque diœceſi pertinet ad epiſcopum aliumue prælatum, *iure ordinario;* ius *cuſtodiæ* etiam prælati ſibi aſſeruerunt in vacantibus beneficiis, et hoc intuitu ſibi ius reditus percipiendi vindicarunt, conſtituta in vacante eccleſia *perſona*, cui interim beneficium vacans commendabatur, cuique portio congrua ex reditibus aſſignabatur. v) Fundabant prælati ſe in *pri-*

Exercuerunt etiam epiſcopi ius cuſtodiæ.

v) Iure communi feudorum etiam vtebantur epiſcopi, quod de beneficio inueſtirent clericos inferiores vel *mediate* vel *immediate*. Conſuetudini id attribuit BONIFACIVS VIII. in *c. 9. de offic. ordin. in 6.* ſimulque vſum huius iuris probat vetuſtum aiens: *præſenti prohibemus edicto, ne epiſcopi vel eorum ſuperiores, aut abbates ſeu quiuis alii regulares vel ſeculares prælati aut eccleſiaſticæ quæcunque perſonæ, vacantibus dignitatibus, perſonatibus, prioratibus, vel eccleſiis quibuſcunque ſibi ſubiectis, ſeu ad collationem, ordinationem, præſentationem vel* CVSTODIAM *pertinentibus, eorundem bona (morientibus eorum rectoribus vel miniſtris) in ipſis inuenta ſiue vacationis ipſorum tempore obuenientia, quæ in vtilitatem eorundem expendi vel futuris debent ſucceſſoribus fideliter reſeruari, occupare, aut in vſus ſuos conuertere quoquo modo præſumant; niſi de ſpeciali* PRIVILEGIO *ſeu* CONSVETVDINE *iam præſcripta legitime, ſeu alia cauſſa rationabili, hoc eisdem competere dignoſcatur.* Vſum eius iuris *antiquum* non ſuſtulit, ſed potius approbauit; *recentiorem* vero tantum improbauit, in illis eccleſiis, in quibus hactenus ius *cuſtodiæ* prælati haud exercuerant. Speciatim vero eorum facit mentionem, ad quorum *cuſtodiam* bona pertinebant, quia prælati quidem regulariter conferebant beneficia eccleſiaſtica, *ius cuſtodiæ* tamen etiam ſpeciatim attribuebatur aliis, vt *archidiaconis* vel *archipresbyteris*, vt infra dicendi locus erit. Ceterum non dubium eſt, quin interim *curam fiduciariam* ad tempus alicui commendauerint, eique de *congrua portione* prouiderint, ita vt tantum, qui ſuperfuerint reditus, iure *cuſtodiæ* ſuos facerent, quod etiam indigitat *cit. l.* pontifex. Nonnunquam vero hac cautela vtebantur epiſcopi, vt ſtatim quidem alicui eccleſiam commendarent, *probationis* tantum *gratia*, ad tempus, ſed non perpetuo concederent, *ita quidem vt ſi non eſſet idoneus vel eius conuerſationis et vitæ, cuius eſſe deberet, exinde amoueretur.* Hac cautela vſus erat epiſcopus Tornacenſis, ceu refert ALEXANDER III. apud HARDVIN. *tom. VI. concil. P. II. p.* 1435. *in app.* I. *epiſt.* 14. quod non adeo improbat pontifex, ſed potius delegatis ſuis mandat, vt ſi conſtiterit, *ad tempus* tantum eidem clerico commendatam fuiſſe eccleſiam, ei perpetuum

Ex conſuetudine. *priuilegio* vel *conſuetudine* x) vi cuius etiam *ius ſpolii*, tanquam annexum *cuſtodiæ*, exercebant. *Conſuetudo* quidem ex ratione antiqua feudorum deducta optimum ſine dubio titulum habebat, vt antea obſeruatum eſt, et ſpecialiter apud Gallos ius *deportus* ea de cauſſa dicebatur; y) *priuilegio* vero vel *ſpeciali* *Vel ſpeciali priuilegio*

tuum ſilentium, ſuper querelis, contra epiſcopum motis, imponerent. Queſtus enim erat presbyter hic, quod prædictus epiſcopus, *quod ei ſoluere noluiſſet, quod ab eo fuerat poſtulatum*, eum officio et eccleſia ſua ſpoliaſſet, vt verba initialia epiſtolæ laudatæ indicant. Vnde probabiliter infert THOMASSIN. *de vet. et noua eccleſ. diſcipl. P. III. lib. II. c.* 37. §. 1. epiſcopum Tornacenſem ſibi reſeruaſſe reditus parochiæ vacantis, congruam vero portionem aſſignaſſe huic commendatario, *qui titulo eccleſia totoque* adeo eius *prouentu* gaudere ſe debere confidebat.

x) Id iam ex *c.* 9. *de offic. ord. in* 6. *in not. praeced.* modo illuſtratum eſt. Pariter in *concilio Londinenſi de anno MCCLXXIII. c.* 16. apud HARDVIN. *tom. VII. concil. p.* 627. ad hoc duplex fundamentum prouocatum eſt his verbis: *Statuimus, vt cum eccleſia vacare contigerit, prælati, ſub quibus conſiſtunt, fructus et prouentus per annum vel aliquanto alio tempore nequaquam percipiant earundem, neque ſuos faciant ſic perceptos, ſed de ipſis fiat quod in canonibus eſt. Niſi forte iidem prælati ius huiuſmodi ſibi valeant ex ſpeciali* PRIVILEGIO *vel* CONSVETVDINE *ab antiquo vindicare.* In *concilio Rauenat. IV. de anno MCCCXVII. c.* 1. apud HARDVIN. *tom. VII. concil. p.* 1435. generaliter præmittitur, *eccleſiarum vacantium prouentuum diſpoſitionem ad earum ordinarios pertinere*, adeoque vacanti eccleſiæ œconomum conſtituere debere, qui colligat reditus et prouentus *ad eiuſdem eccleſiæ et ſucceſſoris defuncti rectoris ipſius vtilitatem et ſtatum.* Præterea prohibetur *canonicis clericis ſeu patrono eccleſiæ ſic vacantis*, ne de reditibus et prouentibus ipſius eccleſiæ ſe intromittant, *niſi aliter eorum competat de* CONSVETVDINE *approbata vel* PRIVILEGIO *ſpeciali.* Quod ergo *vtroque modo* competere poteſt *patrono* vel *capitulo* propter *præſentationem* vel *electionem*, multo magis id ſibi potuit aſſerere epiſcopus ex alterutro fundamento. Sicuti enim *ius cuſtodiæ* vacantis beneficii ex *iure conferendi* dependebat olim, ita in quibuſdam prouinciis etiam *patroni* aliique collatores hanc *conſuetudinem* introduxerunt non ſine ratione.

y) *Deportus* vel Gallice *deport*, dici a *portione*, ſeu quod de *portione redituum* quid capiatur, admodum probabile eſt. Notat THOMASSINVS *de vet. et nou. eccleſ. diſc. P. III. lib.* 2. *c.* 37. §. *fin.* nomen hoc in conſuetudinibus *Andium* et *Cenomanorum*

Digitized by

ciali conceſſione tunc ſine dubio opus fuit, quando vltra tempus conſuetum, intra quod vacantia beneficia ſub iure *deuolutionis* conferenda erant, hæc *redituum* perceptio ex iuſta cauſſa extendebatur.

quod ius deportus Galli dixerunt.

z) Eadem conſuetudo etiam *archidiaconis* in quibuſdam diœceſibus *cuſtodiam* eccleſiarum vacantium ſub ſuo banno exiſtentium aſſignauit, quibus interim earum cura fiduciaria concredita eſt, et ſic virtute eius alibi in totum omnes reditus, alibi partem de tunica acceperunt. a)

Aliquando etiam archidiaconi.

§. XIII.

norum occurrere atque eo deſignati duas tertias ſeu portiones redituum *feudi* cuiuſpiam, quæ reuocantur ad dominum feudi, tempore minorennitatis vaſalli, *reliqua tertia parte addicta minoribus ipſis alendis fouendisque.* Addit idem: *erant epiſcopi archidiaconi et pratati alii velut cuſtodes et conſeruatores beneficiorum vacantium*; quorum reditus iure quaſi dominii directi epiſcopus ex *moribus feudorum*, quorum rationem habebant beneficia eccleſiaſtica, ſuos faciebat quoad maximam partem, portione congrua ei deſtinata, cui interim eccleſia commendata erat. LVDOVICVS HERICVRTIVS in tr. gallico ſermone ſcripto ſub titulo: *les loix eccleſiaſtiques de France dans leur ordre naturelle P. IV. c. 4. §. 24.* inde originem huius iuris deriuat, quod epiſcopi, vel eorum archidiaconi in quibuſdam diœceſibus ab antiquo fuerint *cuſtodes et depoſitaris vacantium beneficiorum*, quibus interim prouidere debebant.

z) Ratio huius iuris *cuſtodiam* et inde dependentia iura tantum permiſit epiſcopis intra tempus, quo vacare conſueuit beneficium, quamuis hoc in pluribus diœceſibus *ad annum* vel aliquot menſes reſtrictum fuerit, quem terminum excedere non potuerunt epiſcopi, niſi ex *ſpeciali conceſſione pontificis.* Huius fit mentio in *c. 10. de reſcript. in* 6. vbi epiſcopo propter æs alienum ſoluendum permiſſum erat, ad *quinquennium* ſibi reſeruare vacantium beneficiorum reditus, vt tamen hæc ſpecialis conceſſio non ſit extendenda ad illos fructus vacantis beneficii, qui *cuicunque ſingulari perſonæ de ſpeciali conſuetudine, priuilegio vel ſtatuto forſitan debebuntur*, vbi rurſus pontifex *conſuetudinem antiquam*, de qua antea dictum, in hoc argumento optime fundatam probat. Aliud exemplum huius ſpecialis conceſſionis BONIFACIVS VIII. in *c. 26. de præb. in* 6. refert.

a) Quia epiſcopi *archidiaconis* magnam partem officii ſibi incumbentis *iure vicario* conceſſerunt, plura ad ſe traxerunt *iure perpetuo*, vnde etiam *vicarii nati* fuerunt dicti *c. 9. de offic. archidiac.* In plerisque diœceſibus etiam *curam fiduciariam* eccleſiarum parochialium vacantium illis commiſe-

Digitized by Google

miſerunt, ex qua ſibi vniuerſum *ius cuſtodia et exuuiarum* admodum lucroſum, tandem vel in totum vel pro parte attribuere tentarunt, atque ipſis epiſcopis deſuper quæſtionem mouerunt, ceu exemplo archiepiſcopi Eboracenſis pontifex docet in *c. 6. X. de inſtit.* Huic ab archidiacono quæſtio de hoc iure fuit mota. Ipſe archiepiſcopus ſe in eo fundabat, *quod inſtitutio perſonarum et cuſtodia eccleſiarum vacantium ad eum in ſua diœceſi ſpectaret tam de iure communi, quam conſuetudine generali.* E contrario archidiaconus reſpondit, quod tam *inſtitutiones*, quam *cuſtodias* non perſonaliter, ſed *perpetuo*, de conſenſu capituli, archidiaconis *reali conceſſione* donauerit olim archiepiſcopus T. Eboracenſis, atque in hac reali poſſeſſione prædeceſſores eius fuerint, ex qua poſſeſſione ſucceſſorum ſe tuendum cenſuit. Magnum enim robur habet poſſeſſio vel quaſi anteceſſorum, intuitu *officii* et ſic *realiter* exercita, quæ etiam ſucceſſori prodeſt. Licet vero tantum in *poſſeſſorio*, non in *petitorio* pronunciauerit pontifex, palam tamen eſt, in hoc caſu *ſpeciale fundamentum cuſtodiæ* ab archidiacono adductum fuiſſe, *conceſſionem* ſcilicet *realem*, tam *inſtitutionis*, quam *cuſtodia vacantium eccleſiarum*, quæ antea de *iure communi* ad epiſcopum Eboracenſem pertinebat. Neque enim ius inſtituendi ſeu curam animæ committendi regulariter archidiacono debetur *c. 4. X. de offic. archid.* quamuis interim curam eccleſiæ vicino commendare ſoleat et *inſtitutionem corporalem* exerceat. *c. 7. X. eod.* Nouo exemplo pontifex in *c. 51. X. de appell.* declarat, archidiaconos affectaſſe *ius cuſtodiæ lucroſum* quauis occaſione, cuius generali fundamento tamen deſtituuntur. Abbas S. Auguſtini monaſterii Cantuarienſis *cuſtodiam* cuiuſdam eccleſiæ, quam ad ſe pertinere aſſerebat, forſan *vnionis* iure, per quoſdam monachos exercuere et ita *poſſeſſionem* ipſam ingreſſus erat, contra quæuis attentata vocem appellationis ad pontificem emittens. Sed tum monachos tum abbatem per vim eiecerunt quidam laici, ex iuſſu *archidiaconi Cantuarienſis*, qui attentati huius defenſionem ſuſcepit. Procurator enim archidiaconi reſpondit, eos nec in *poſſeſſorio* nec in *petitorio* hanc reſtitutionem petere poſſe: eos non poſſediſſe eccleſiam prædictam *ratione iuris cuſtodiæ, quæ defuncta perſona eccleſiæ tantum datur*, h. e. vicario conſtituto: archidiaconos Cantuarienſes, qui pro tempore fuerint, tam de *iure communi*, quam de *generali conſuetudine* Cantuarienſis prouinciæ, tam in eccleſia, quam in aliis vniuerſis eiuſdem diœceſis hoc iure ſemper vſos idque probatum fuiſſe: ſe rem vacuam, *cuius cuſtodiendæ ius habebat, immo quam ex officio cuſtodire tenebatur, cuſtodiendam ſuſcepiſſe*: monachos non debuiſſe propria auctoritate poſſeſſionem intrare, præſertim cum ſciuerint, vel ſcire debuerint, quod *cuſtodia eccleſiarum vacantium* ad archidiaconum pertineret, et ſic poſſeſſionem eorum *clandeſtinam* fuiſſe, nec eos pro poſſeſſoribus veris haberi poſſe. His tamen allegationibus, non obſtantibus, abbatem et monachos, ſaluo *petitorio*, reſtituendos eſſe et *fructus medii temporis* iis aſſignandos cenſuit pontifex. Liquet vero ex hoc textu, archidiaconos de *iure communi* hanc *cuſtodiam minorum eccleſiarum lucroſam* et cum perceptione redituum

§. XIII. Denique quia etiam ab antiquo duces, comites, dynaſtæ et prælati monaſteriorum atque capitulorum collationes beneficiorum quorundam habuerunt, vel ex *fundatione* vel ex *munere regio* per modum feudi vel ex aliis cauſſis, non mirandum eſt, eoſdem quoque in Gallia et Germania olim *ius cuſtodiæ* immo eius abuſum, ſeu *ius exuuiarum*, exercuiſſe. b) Nec deſunt exempla *patronorum* in Anglia

Etiam duces et comites ius cuſtodiæ exercuerunt.

Immo etiam patroni.

um coniunctam ſibi aſſeruiſſe, quod falſum erat, licet forſan *conſuetudo ſpecialis* hanc ei attribuere potuerit. Etenim ad abbatem prædictum eccleſia vacans pertinuiſſe videbatur, quod non ſimpliciter negabat archidiaconus, et ſic *ius inſtituendi perſonam* in illa habebat, vnde potius *ius cuſtodiæ* dependebat. Interim varium fuiſſe vſum *iuris cuſtodiæ*, et archidiaconos quandoque vel decanos rurales ex ſtatuto vel conſuetudine illud ſibi aſſeruiſſe negari nequit, quod etiam admittit THOMASSINVS *de vet. et nou. eccl. diſcipl. P. III. lib. 2. c. 37.* §. 12. quia archidiaconi vbique lucrum captarunt, et ius ſuum inuerecunde extendere conati ſunt. Simili ratione archidiaconi Oſnabrugenſes ſibi ius *deportus* et *exuuiarum* aſſeruerunt hactenus, contra quod acriter diſputat B. KRESSIVS in *tr.* vom *Archidiaconal*-Weſen *c. VI.* §. 9. oſtenditque, ſeculo XIII. hoc ius ab ADOLPHO epiſcopo abolitum et hanc abolitionem ab HONORIO pontifice approbatam fuiſſe, teſte ERDMANNO in *chron. Oſnabrug.* apud MEIBOM. *tom. II. rer. Germanic p.* 215. quamuis hæc prohibitio parum profuiſſe videatur. In eo vtplurimum peccarunt epiſcopi, quod curam minorum eccleſiarum vacantium a ſe abdicauerint, illamque commiſerint archidiaconis, qua occaſione ſibi ius fructus interim percipiendi attribuerunt, licet ius *inſtituendi* ad epiſcopum pertineret, vnde ab antiquo primario dependit *ius cuſtodiæ*, ceu in antecedentibus monſtratum eſt. Sed nihil non tentarunt ad quæuis iura epiſcoporum vſurpanda, vt ipſis epiſcopis admodum graues facti fuerint eisque de primariis iuribus epiſcopalibus quæſtionem mouerint, vt merito *in dubio* contra eorum auſus reſponderi debeat.

b) Hoc argumentum variis exemplis et teſtimoniis ex antiquitatibus petitis exornat et illuſtrat ANTON. DADINVS ALTESERRA *de ducibus* toto *cap. VIII.* quod *de cuſtodia ſeu guardia vacantium eccleſiarum* agit atque docet, vacantium eccleſiarum *cuſtodiam* et temporalium occupationum non ſolum reges Galliæ, ſed etiam *duces* et *comites*, quorum in prouinciis epiſcopatus et abbatiæ erant, ſui iuris duxiſſe, quod de illis epiſcopos abbatesque inueſtirent. Comites Tholoſanos hoc ius exercuiſſe, cum ducibus Aquitaniæ, quoad prouinciam Burdegalenſem monſtrat PETRVS de

glia c) alibique, qui *cuſtodiam* hanc ſibi arrogarunt, ex eodem, quo prælati ſeu *ordinarii collatores*, fundamento, quod clericos ſuos inueſtirent de hoc *beneficia parochiali*, et ſic ius quoddam *feudi* in illud exercerent, cui ex conſuetudine annexum erat *ius cuſtodiæ*, adeo vt in legibus eccleſiaſticis illis quoque ex hoc fundamento pariter aſſertum fuerit. d) Quia vero prin-

de MARCA *de conc. ſacerd. et imp. lib. VIII. c. 26. §. 3.* Etiam olim in Germania epiſcopi et abbates ſub ducibus fuerunt, et adhuc hodie quidam ſunt. In Bauaria ius *ordinandi epiſcopos* exercuit dux prouinciæ, in eoque confirmatus eſt ARNOLDVS per tranſactionem cum HENRICO aucupe, in qua conſenſit, *vt totius Loioariæ pontifices ipſius ditioni ſubiacerent, eiusque poteſtatis eſſet, vno defuncto, alterum ordinare*, teſte LVITPRANDO *lib. II. c. 7.* Quia ergo epiſcopos inueſtiebat de epiſcopatu, ius *cuſtodiæ* vacantis epiſcopatus eum exercuiſſe certum eſt, quod *inueſtituræ* huic cohærebat. HENRICVS Leo in diplomate de a. MCLXX. apud LVNIGHIVM in Reichs *archiv. p. ſpec. contin. II. IV.* Abth. *VI.* Abſatz *p.* 498 aſſerit: ſe *tres epiſcopatus* in Saxonia conſtruxiſſe, quorum collator ex ipſo iure patronatus erat, atque adeo inueſtiuit epiſcopos, teſte HELMOLDO in *chron. Slau. c.* 70. aiente: VICELINVS *Luneburgi - - ſuſcepit epiſcopatum per virgam de manu ducis*, quamuis in dubium hoc duci vocare auſus eſt VICELINVS ex communi præiudicio aſſerens, *epiſcopos inueſtire, ſolius imperatoriæ maieſtatis eſſe*, vt IDEM *c. antec.* teſtatur. Qua de cauſſa, vt HENRICVS Leo huic obſtaculo erroneo occurreret, ab imperatore FRIDERICO I. confirmationem huius iuris impetrauit; et ſic probabile eſt, eum ius annexum *cuſtodiæ* exercuiſſe ex moribus feudorum antiquis.

c) Teſte MATTHEO Pariſienſi in *hiſtor. Anglic.* ad ann. MCCXV. generaliter aſſerit, *omnes patronos habere cuſtodiam eccleſiarum ſuarum, cum vacauerint.* Huc reſpexit INNOCENTIVS III. in *c. 12. X. de pan.* quo redarguit patronos, aduocatos ſeu vicedominos, quod *vacantibus eccleſiis de poſſeſſionibus aliisque bonis eccleſiaſticis pro ſua voluntate ordinare præſumerent*, quod eo tempore iure *cuſtodiæ* faciebant, quia de illis præſentatos clericos inueſtiebant. Abuſum tamen magis in adductis verbis notaſſe videtur pontifex, non vero iuri huic dicam ſcripſit, conſtituendo, *ne de cetero plus vſurpent, quam reperiatur in iure permiſſum.* Etiam GREGORIVS X. in *concil. Lugdun. c. 12.* relato in *c. 13. de eccleſ. in 6.* non improbat patronorum ius *cuſtodiæ*, quod ex *fundatione* vel *antiqua conſuetudine* ſibi vindicabant, modo ab abuſu eius abſtinerent.

d) Rudera huius iuris antiqua iam in *nota præcedente* adduxi, quæ etiam

§. XII.

principiis in decretalibus nouiter aſſumtis hoc ius admodum repugnabat, quod æquale ius *laici* cum *clericis* affectarent, quod intolerabile viſum fuit proceribus eccleſiæ, conſtituerunt, ſolos clericos, ſi vel maxime tantum patroni eſſent, ius conferendi ſeu dandi eccleſias habere, quod iure *feudi* fiebat: non *laicos*, qui tantum *nominare*, *deſignare* et *præſentare* poſſent perſonas epiſcopo, cui hic conferret, et iure *feudi* eccleſiam daret. e) Inde factum eſſe reor, vt *patroni laici* hac ſub noua iuris eccleſiaſtici diſciplina ius cuſtodiæ dimittere coacti, eccleſiaſticis patronis in ſuo iure confirmatis, f) potentiores vero exemplo Cæſarum variis occaſionibus et inſidiis inducti fuerint, vt iuri ſuo prorſus in *Germania* renunciarent, g) regibus Galliæ contra

Quod iure decretalium reprobatum.

Ffffff 2

§. *XII. in notis* illuſtrata ſunt, et euicta a FRANCISCO de ROYE *de iur. patron. in proleg. c. XXXIV.*

e) Quod plenius docui in *tom. III. tit. de iur. patron. §. 53 ſqq.* qua noua doctrina *ius patronatus* admodum imminutum et fere ſuppreſſum fuiſſe, quilibet mecum conſtituet; ad minimum primæuam naturam ſuam, aſtutia paparum, amiſit, vt cadauer nudum, amiſſa anima, ſupereſſe videatur.

f) Vnde monachis, qui ius patronatus habebant, facilius tale ius conceſſit pontifex eosque in poſſeſſione confirmauit, vt ſupra ex *c. 51. X. de appell.* eſt euictum.

g) Quod duces comitesque in Gallia paſſim fecerunt, ceu variis exemplis NATALIS ALEXANDER et PETRVS de MARCA *cit. ll.* monſtrant. Nunquam enim defuit occaſio pontifici aut epiſcopis, tales renunciationes ab illuſtribus, peccatorum mole grauatis et pœnitentiæ ſubiectis, extorquendi, qualem vim etiam paſſi ſunt FRIDERICVS II. et RAYMVNDVS comes Tholoſanus. Poſterius docet MARCA *cit. l. lib. VIII. c. 26.* ibique STEPH. BALVZIVS. Illud vero ſine cenſura dimitti non poteſt, quod pontifex, qui in Italia, in qua olim contulit, more antiquo, eccleſias, hoc ius cum iure colligendi exuuias decedentium prælatorum exercuit, illud ad alia quoque regna, in quibus legitimi huius iuris poſſeſſores illud dimittere coacti ſunt, extendere et in eis *collectores ſpoliorum* conſtituere voluerit, vt conſtat ex bullis a PAVLO III. aliisque publicatis et a REDOANO *de ſpol. eccleſ.* poſt *quæſt. XVII.* relatis, omni legitimo titulo deſtitutus, maxime quoad

tra auſus papales et epiſcopales ius ſuum regaliarum, quod vocant, ſtrenue defendentibus et propugnantibus. Atque hoc modo exitum infelicem tandem apud nos *ius cuſtodiæ* tam in *feudis*, quam *beneficiis eccleſiaſticis* accepit, quod me quoque ad exitum huius diſſertationis vocat, vt, pro inſtituti ratione officio functus, riuulos claudere queam.

EXERCITATIO XL.

AD LIBR. VI. PAND. TIT. III.

DE VARIO CENSVVM SIGNIFICATV ET IVRE.

ARGVMENTVM.

§. *I. In Iuris conſtituti memoriam ſigna adhibentur. II. Eius rei exempla. III. Eodem fine cenſus impoſiti. IV. Varius eorum ſignificatus. V. Præſtantur in locatione: VI. in emphyteuſi, intuitu prædiorum ruſticorum VII. Cenſus Romanorum. VIII. Ex diuerſo fine determinatur diuerſitas cenſuum. IX. Soluitur* 1) *in ſignum protectionis: vt in cœnobio Ratisbonenſi S. Emmerani, X. in Monaſterio Rotenſi, XI. et Cluniacenſi nec non in Epiſcopatu Bambergenſi XII.* 2) *in ſignum plenariæ exemtionis. Exemplum præpoſituræ Berchlesgadenſis, Cœnobii S. Petri in Monte Sereno, et*

ad Germaniam. Neque enim *ius cuſtodiæ*, vnde olim dependebat *ius ſpolii*, in Germania exercet, nec eius veſtigia quædam adducta aut reſeruata ſunt in *concordatis nationis Germanicæ*, in quibus, quæ ſedi populi præſtanda, determinata ſunt exacte: nec quod olim in aliis ægerrime admiſit, ad ſua reſeruata referre potuit, nec denique ex *iure annatarum* illud deduci potuit, cuius diuerſam indolem a iure *cuſtodiæ* et *regaliarum in obſeruat. ad Petrum de Marca lib. VI. c. 10, obſ. 5.* demonſtraui.

et monaſterii Rotbonenſis. XIII. 3) *in ſignum ſubiectionis.* *Molimina Gregorii* VII. *in regnis et principatibus cenſualibus reddendis. Exemplum Galliæ,* XIV. *Saxoniæ,* XV. *Hiſpaniæ,* XVI. *Portugalliæ,* XVII. *Poloniæ, Sileſiæ, Daniæ, Hungariæ, Dalmatiæ, et Corſicæ, Siciliæ, Ruſſiæ,* XVIII. *Angliæ.* XIX. 4) *in Signum factæ oblationis.* XX. *An abſque Simoniæ labe cenſus curiæ Romanæ ſolutus ſit?* XXI. *Aduocati ſoluti cenſus ratione defenſionis vel iuriſdictionis.* XXII. *Ex ſola cenſus ſolutione non probatur ius aduocatiæ. Extincto monaſterio extinguitur cenſus, protectionis cauſſa conſtitutus* XXIII. *Cenſus ſæpiſſime ab epiſcopis in varium finem exacti;* XXIV. *vel etiam a principibus intuitu variarum conceſſionum.* XXV. *Nobiles a ruſticis pro determinato quodam iure cenſus exigunt: quorſum pertinet cenſus protectionis, agricolationis.* XXVI. *Patroni eccleſiis a ſe fundatis cenſus impoſuerunt,* XXVII. *vel prælati in memoriam vnionis beneficiorum.* XXVIII. *Cenſus precariarum* XXIX. *Cenſus in memoriam priſtini dominii reſeruatus.* XXX. *Index variorum finium, quorum intuitu cenſus conſtituti.* XXXI. *In qua re cenſus præſtetur? Cenſus in frumento, in menſura,* XXXII. *in moneta.* XXXIII. *In qua moneta præſtandus, ſi valor eius dubius?* XXXIV. XXXV. *Dubia excutiuntur. Explicatur c. 20. et 26. X. de cenſib.* XXXVI. *Quid ſi quantitas indefinite promiſſa ſit, non definito monetæ genere?*

§. I.

Signa rerum eſſe arbitraria noto notius eſt. Quemadmodum enim *verba* ore pronunciata ſignificationes varias ex hominum impoſitione acceperunt, quibus mentem ſuam alteri declararent; ita pari ratione *factis* quoque, geſtibus, aliisque ſignis communi quaſi conſenſu hominum impoſitæ ſunt ſignificationes, quibus idem efficeretur, immo ſæpe efficacius mens declararetur quam per verba. In primis vero in illis cauſſis, quæ perpe- *Memoria iuris conſtituti per ſigna conſeruatur.*

 tuum

tuum temporis tractum, continuatamque iuris ſeriem deſiderant, vſu et obſeruantia in foris ciuilibus ſigna varia inualuerunt, et legibus ſcriptis approbata ſunt, per quæ memoria alicuius *iuris conſtituti* in perpetuum conſeruaretur, præcauereturque, ne tandem obliuione perirent, ſed potius, repetitis certo tempore vicibus, agnitio eius publica per certa indicia fieret.

Quod exemplis illuſtratur.

§. II. In feudis *dominii directi* ſubſtantia admodum periclitaretur, niſi mutato vaſallo vel domino renouatio feudi ſolemni quodam actu fieret, quod olim maxime neceſſe fuit, quo nondum *litteræ inueſtituræ* receptæ erant. In *precariis*, quæ ab eccleſiis ad inſtantiam et preces indigentium concedi ſolebant, admodum ſolliciti erant eccleſiæ proceres, ne poſſeſſores has in perpetuum ſibi aſſererent, qua de cauſſa legem contractui addere ſolebant, vt de quinquennio in quinquennium renouarentur, *c. 5. C. 10. q. 2. c. 1. de precar.* vel etiam aliquando *annua penſio* ſeu *cenſus* præſtaretur, vt conſtat ex *nou. Leon. 13.* et formulis MARCVLFI infra allegandis. In *emphyteuſibus* magnopere domini intereſt, vt memoriam *dominii directi* conſeruet illibatam, id quod fit per annuam canonis ſolutionem, quem præſtant emphyteutæ vnice in *dominii directi recognitionem.* Quid autem eſt *recognoſcere* aliud, quam declarare, profiteri, et per actum *ſolutionis* agnoſcere, eum, cui cenſus præſtatur, eſſe dominum fundi directum, ſe vero emphyteutam. Hac de cauſſa quoque arbitrarium eſt, in qua re penſio ſeu canon conſtituatur, cum ſigna rerum ſint arbitraria.

In primis exemplo cenſus.

§. III. Fluxiſſe ex hoc principio arbitror eam praxin, qua *cenſus* ſeu *annuas penſiones*, vt indicia quædam iuris cuiuſdam conſtituti, bonis rebusque imponere ſueuerunt maiores, ſiue

id

id ipſum ad imitationem *iuris emphyteutici* receptum, ſiue ex *naturali* quadam *ratione* inter gentes populosque introductum fuerit. Admodum enim conueniens eſt, vt, cuius rei memoria conſeruanda eſt, annuam quandam recognitionem habeat, quæ commodiſſime per *præſtationem annuam* perficitur. Enim vero cum varia iura ſint, in quorum *memoriam* talia indicia edi ſolent, non leuem peperit incertitudinem, quod generatim receptum fuerit, cenſum arbitrarium in horum gratiam præſtare, quia ex cenſus ſolutione *generatim* quidem colligitur, ius aliquod eſſe alicui conceſſum vel conſtitutum; *cuius* autem *iuris* conceſſi ſpeciale indicium ſit, ſæpe dubium et incertum eſt, niſi ſimul documenta adſint, quæ primordialem eius conſtitutionem edoceant.

§. IV. Hæc omnia dubia euitari potuiſſent, ſi per leges cenſus fuiſſent ita determinati, vt in ſingula iura conceſſa certarum rerum præſtatio fuiſſet conſtituta, in hæc quidem *nummorum*, in alia *frumenti*, rurſus in alia *pullorum* ſolutio et ita porro. Quod cum minime factum ſit, euentus docuit, certum aliquod argumentum ex cenſus ſolutione deſumi non poſſe. Id quod vt euidentius fiat, neceſſe ante omnia eſt, *varios cenſuum ſignificatus*, et inde fluentia iura euoluere et ex antiquis documentis vſum huius doctrinæ illuſtrare. *Cuius ſignificatus varii ſunt.*

§. V. CENSVS quidem regulariter conſiſtit in *annua præſtatione* alicuius rei; ſed finis eiuſdem admodum diuerſus eſt. Datur *annua penſio* in ſimplici *locatione*, quæ ſoluitur propter vſum conceſſum rerum vel fructus fundi, et quia eorum *compenſationem* intendit, proportionatam penſionem deſiderat, et ex quantitate ſua facile cognoſcitur, ſiue ad breue tempus ſiue ad longum tempus locatio fuerit facta, immo etiam *in perpetuum.* *Annua penſiones in locatione occurrunt.*

Digitized by Google

tuum. Huc etiam *conceſſionem ad firmam* refero, cuius fit mentio in *c. 7. X. de iure patron.* Apud AVBERTVM MIRAEVM *lib. II. donat. Belg. c. 101.* occurrit diploma *de anno 1245. huius tenoris: Abbatiſſæ et conuentui de camera Ciſtercienſis ordinis Cameracenſis diœceſis dedimus, conceſſimus et tradimus ad firmam perpetuam* SVB ANNVA PENSIONE *35. marcharum colonienſis monetæ*, vnde liquet ſpeciem *locationis* in tali conceſſione apparere, quod etiam docet textus in *c. 8. X. de decim. c. 2. X. de locat.* Ipſa appellatio eſt Anglo-Saxonica, denotatque annonam *victum* vel *edulia*, vt oſtendunt CANGIVS *in gloſſar. hac voc.* DE ROYE *de iure patron. ad c. 7. X. de iur. patron.* SPEELMAN. *in gloſſar. hac voce*, vt nihil aliud ſit quam conceſſio vſus fundi alteriuſue iuris pro penſione ad victum deſtinata vel pro præſtanda annona. Hoc modo monaſteria ſæpe villicis bona ſua adminiſtranda dederunt, vt ex illis quotannis *neceſſaria alimenta* ipſis præſtarent, qualis conceſſio eſt nihil aliud, quam *traditio ad firmam.*

Nec non in emphyteuſi.

Dantur etiam cenſus rurales.

§. VI. Porro occurrit *annua penſio* in emphyteuſi, quæ vnicum ſuum fundamentum in iure Romano habet, cum qua *cenſus*, de quibus hic agitur, minime confundi debent. Dantur *cenſus* prædiis ruſticis inhærentes, qui ex antiqua ruſticorum conditione dominis præſtandi ſunt, et originem ſuam ex antiqua dominorum poteſtate in ruſticos trahunt. Id iam ſuo tempore TACITVS *de moribus German.* obſeruauit afferens: *Frumenti modum dominus aut pecoris aut veſtis vt colono iniungit.* Dominus has præſtationes iniungebat virtute *dominicæ poteſtatis*, vnde adhuc hodie prædiis ruſticis, ſiue ruſtici *liberi*, ſiue *proprii* fuerint, tales *cenſus* et præſtationes inhærent, cum, manumiſſis ruſticis, domini ipſis prædiis has præſtationes impo-

poſuerint, quæ alias ex *ſtatu ſeruili* præſtandæ erant. Optime et ſolide de his cenſibus agit ZIEGLER diſſ. *de prædiis cenſit. rural.* et cum hi ſpecialem ſuam rationem et naturam habeant, admodum variantem, de his primario non ero ſollicitus.

Tributa publica etiam annuas præſtationes habent.

§. VII. Denique ſunt *annuæ præſtationes publicæ*, ad onera publica referendæ, quorum pertinent variæ ſpecies in Saxonia: Quatember, (quod onus etiam vocari ſolet *currenten, Contribution:*) Vermögen-Steur, Kopf-Steur, Schocken, Land-Steur, Pfennig-Steur, ꝛc. quæ hic recenſere non vacat. Hæc onera ſunt vel *realia* vel *perſonalia*, ad imitationem *cenſuum* Romanorum. Et cum *cenſus*, de quibus agendum, inde ſuam deſumſiſſe videantur appellationem, paucis horum naturam tangam. Moris erat apud Romanos cenſere non tantum capita ciuium, ſed etiam fortunas ſingulorum, vt pro facultatibus certus tributi modus ſolueretur. Ipſa præſtatio, quæ a ſingulis bonorum fortunarumque poſſeſſoribus fiſco inferenda, pro modo facultatum, erat, *cenſus* dicta fuit, vt docet *tit. C. de cenſib. et cenſitor. et tit. C. Theod. de cenſu.* Conf. BRISSON. *lib. I. ſelect. antiquit. c. 5.* PETISCVS *in lexic. Antiquit. Rom. voc. cenſere.* In eundem fere ſenſum GOTHOFRED. *ad cit. tit. C. Theod.* ait, *in paratitl. cenſus erat æſtimatio, qua continebatur modus tributi, qui fiſco a ſingulis inferendus erat.* Cenſus hic inhærebat bonis, vt *onus reale*, vt non liceret rem ſine *cenſu* comparare. *l. 2. C. ſine cenſu vel reliq. fund. compar. non poſſe* Conf. FELICIANVS *de* SOLIS *de cenſib. in proœm. n. 6.* Cum vero præter *tributa publica* aliæ præſtationes vel onera realia bonis imponi poſſint, inde factum eſſe reor, vt hæ præſtationes, ex bonis ſoluendæ variis ex cauſſis, *cenſus* generali appellatione in iure canonico vocatæ ſint, adeo vt etiam eandem

Qualis appellatio cenſuum inde nata.

Germani in vocabulo Zinß, receperint: vnde Zinß-Güther vocantur *cenſibus* hiſce obnoxia bona, et qui cenſum ſoluit Zinß-Mann; qui vero eos percipit Zinß-Herr. Denotat itaque CENSVS, de cuius vario *ſignificatu* et *iure* hic agendum, in genere *annuam penſionem ſeu præſtationem ex bonis faciendam, in ſignum alicuius iuris vel reſeruati vel ab altero impetrati vel alteri, cui ſoluitur, conſtituti, vt in perpetuum eius conſeruetur memoria.*

Cenſus ſolutio fit in varium finem.

§. VIII. Conſtitui in definitione varios cenſuum fines, quoniam *cenſus* varium in finem antiquitus bonis eccleſiaſticis et ſecularibus fuere impoſiti, vt ex ſolutione ſola cenſus perpetuum et euidens argumentum deſumi non poſſit, ſed potius ex chartis diplomatibusque reſpiciendum ad *finem*, propter quem impoſiti bonis fuere. Agnouit id ipſum ALEXANDER III. in *c. 8. de priuileg.* quæſitus de *eccleſiis cenſualibus*, et fundamenti loco hoc præmittit: *inſpicienda ergo ſunt priuilegia ipſarum eccleſiarum et ipſorum tenor diligentius eſt attendendus.* Addit, poſſe cenſum ſolui ad *indicium perceptæ libertatis:* vel etiam ad *indicium perceptæ protectionis.* Hac de cauſſa BONIFACIVS VIII. in *c. 10. de priuilegiis in 6.* ita concludit: *Si dicatur ſimpliciter, quod aliqua eccleſia eccleſiæ Romanæ annuum cenſum ſoluat, non propter hoc exemta eccleſia dici debet,* quia ſcilicet admodum variantem ſignificatum ſolutio *cenſus* habet. Verum etiam ob varium alium finem conſtituuntur, vt certum aliquod argumentum ex *ſolutione cenſus* capi non poſſit, grauiterque errent, qui hoc vel illud ius inde deducunt. AVCTOR *Act. Lindau. p. 104.* Eruam itaque ex antiquitatibus varios illos fines, in quorum ſignum, memoriam perpetuam, et conſeruationem ſoluti.

Vnde indubitum argumentum inde trahi nequit.

§. IX.

Digitized by Google

§. IX. Antiquiſſimus eſt (1) cenſus, qui olim pontifici Romano ſolutus fuit in ſignum *protectionis ſpecialis*, quæ eo vtilior eccleſiis, monaſteriisque fuit, quod bona eorum infinitis expoſita eſſent inſidiis potentiorum, exactionibus epiſcopalibus, aliisque vexationibus, ad quas calamitates auertendas, ſpeciali *protectioni* et *mundiburdio* ſedis Romanæ ſeſe et bona ſua ſubiiciebant, non tamen eo ipſo ſimul ſe plene ab epiſcoporum *inſpectione et cenſura* eximebant. Atque in huius *protectionis* argumentum et memoriam *cenſum* quendam ſibi ſtipulabantur pontifices, cuius facit mentionem ALEXANDER III. in *c. 8. X. de priuil.* recteque inde infert, ex hac ſolutione iuri diœceſano epiſcopi nihil videri ſubtractum, *quod tantum ad indicium perceptæ protectionis cenſus perſolueretur.* Talem fuiſſe cenſum credo, quem quotannis ad altare S. Petri Romam perſoluendum eſſe a cœnobio Ratiſponenſi, in honorem S. Emmerani exſtructo, iuſſit CAROLVS M. in diplomate, quod occurrit in HVNDII *metropol. Saliſb. tom. 1. p. 149. nou. edit.* qui ab initio tantum fuit ſeptem aureorum. Occurrit in diplomate clauſula: *eccleſiam Dei liberam eſſe et in poteſtate regum ſeu imperatorum vſque in æuum permanere*, quæ *libertas* nihil aliud denotabat, quam ſpecialem *immunitatem* ratione bonorum, quæ variis modis ab epiſcopis infeſtabantur. Confirmatur eadem libertas in priuilegio OTTONIS I. et *cenſus* ſimul augetur, quod forſan crederent cæſares, aucto cenſu, pontifices maiorem ſollicitudinem geſturos pro ſecuritate et integritate huius monaſterii. Diploma OTTONIS itidem exhibet HVNDIVS *cit. l. p. 157.* vnde liquet (1) OTTONEM *protectionem* hanc adſtrictius confirmaſſe *propter improbitatem epiſcoporum eiuſdem ciuitatis, quia non omnes ſed multi ex eis ſemper inſidioſe contende-*

Cenſus ſoluitur (1) in ſignum protectionis.

Exemplum cœnobii Ratiſponenſis S. Emmerani.

debant contra eundem ſanctum locum. (2) In maiorem protectionis Romanæ efficaciam cenſum auctum eſſe, quod verba hæc indicant: *propterea volumus et amorem et honorem S. Petri de prædicto monaſterio cenſum augeri, vt rectores eiuſdem cœnobii pro defenſione et libertate eiuſdem loci vnoquoque anno offerant Romam dimidiam libram cocti auri ad altare S. Petri.*

Aliud exemplum Rotenſis monaſterii.

§. X. Ad huiuſmodi *protectionem* ſedis Romanæ conſequendam fundatores monaſteriorum et eccleſiarum eadem *B. Petro et eccleſiæ Romanæ* ſolemni quodam ritu tradebant, et ſimul *cenſum* quendam *annuum* promittebant. Tale quid factum in fundatione monaſterii Rotenſis, cuius fundator poſt fundationem illud B. Petro et Romanæ eccleſiæ tradidit per manum Eberhardi de Razenhouen, *qui et primus biſantium annuatim perſoluendum Lateranenſi palatio perſoluit*, teſte HVNDIO *in metrop. Salisb. tom. III. p. 182. edit. nou.* GEWOLDVS vero *in addit.* aliquot diplomata adiecit, ex quibus euidentius intentio fundatoris apparet. Primo loco INNOCENTII II. *de anno 1144.* diploma adfert, in quo hæc habentur: *Decernimus ergo, vt nulli omnino hominum liceat, præfatum monaſterium temere perturbare, aut eius poſſeſſiones auferre vel ablatas retinere, minuere ſeu quibuslibet vexationibus fatigare, ſed omnia integra conſeruentur eorum, pro quorum gubernatione et ſuſtentatione conceſſa ſunt vſibus omnimodis profutura. Ad indicium autem huius a ſede apoſtolica perceptæ protectionis bizantium aureum nobis noſtrisque ſucceſſoribus annaliter perſoluetur.* Simili fere tenore EVGENIVS III. *ann. 1151.* in *protectionem ſpecialem* hoc monaſterium ſuſcepit, addita tamen hac clauſula: *ſalua diœceſanorum epiſcoporum canonica iuſtitia et reuerentia*, ea ſine dubio de cauſſa, quod hoc monaſterium *plenariam* forſan *exemtionem* a *iure diœ-*

ceſano

ceſſans ſub prætextu huius *protectionis* ſibi aſſerere conatum eſſet. In diplomate FRIDERICI de anno 1226. idem refertur his verbis: *His ergo prædiis atque reditibus, cui fidelis Rotenſe monaſterium fundauit, ac fundatum B. Petro ac Romanæ eccleſiæ tradidit per manum Eberhardi de Razenhouen, qui et primus bizantium annuatim perſoluendum Lateranenſi palatio perſoluit, ac ſic loco atque familiæ tutelam apoſtolicæ defenſionis obtinuit etc.*

§. XI. Similem cenſum perſoluit Cluniacenſe monaſterium a WILHELMO duce Aquitaniæ anno 910. exſtructum, et defenſioni ſedis Romanæ ſubiectum, in cuius recognitionem cenſus ſoluendus erat. Verba teſtamenti WILHELMI ducis *in concil. Gallic. tom. III. p. 570.* id indigitant euidenter: *per quinquennium autem Romæ ad limina Apoſtolorum decem ſolidos præfati monachi perſoluant habeantque tuitionem ipſorum apoſtolorum atque Romanum pontificem defenſorem.* Epiſcopatus Bambergenſis pari modo ab initio tantum nudæ protectioni et tuitioni ſedis Romanæ ab HENRICO I. ſubiectus fuit præſtito *cenſu*, vt teſtatur AVCTOR *Vitæ Meinwerci* epiſcopi Baderborn. apud LEIBNIT. *tom. I. ſcript. Brunſuic. p. 526. c. 27.* his verbis: *eodem ergo tempore Bauembergenſem fundum rex cum omnibus pertinentiis ſuis B. Petro contradens apoſtolico præſuli iugiter defendendum commendauit. Et in commemorationem huius pactionis album ambulatorem* (h. e. equum) *cum faleris ſingulis annis Romano præſuli dare conſtituit.* Addit HOFFMANNVS *lib. I. annal. Bamberg. §. 86. præterea centenas marcas argenti* in ſingulos annos eccleſiæ Romanæ datas fuiſſe. Ipſa diplomata euidentius hanc *protectionem* demonſtrant, oſtenduntque, ſub hac totalem *exemtionem* ab initio haud latitaſſe. Primum eſt IOHANNIS XIX. de

Item Cluniacenſis monaſterii.

Epiſcopatus Bambergenſis.

Digitized by Google

de *anno* 1068. apud LVNIGIVM *tom. II. ſpicil. eccl. p. 9.* vbi hæ duæ clauſulæ occurrunt: *ſit ille epiſcopus liber et ab omni poteſta- te extranea ſecurus, Romano tantum mundiburdio ſubditus.* Al- tera vero hæc: *ſit tamen idem ſuo metropolitano ſubiectus atque obediens*, quæ indicium præbet, protectiones has non fuiſſe to- *tales exemtiones.* Cenſus, cuius ante memini, demum fit men- tio in diplomate BENEDICTI VIII. *de anno* 1012. apud EVNDEM *cit. l. p.* 11. *ita ſane, vt ſingulis quibusque indictionibus, ſub no- mine penſionis equum vnum album nobis noſtrisque ſucceſſoribus perſoluat, cum ſella conueniente Romano pontifici.* Pari modo LEO IX. anno 1052. omnia priuilegia Bambergenſi eccleſiæ con- firmauit apud EVNDEM *cit. l. p.* 17. hac adiecta clauſula: *ſed ta- men idem epiſcopus ſuo metropolitano epiſcopo Moguntino in cano- nicis cauſſis tantummodo ſit ſubiectus et obediens*, quamuis tractu temporis *totalis exemtio* ex hac protectione ſedis Romanæ pro- ducta et procreata fuerit. Ipſum *cenſum* epiſcopi Bambergen- ſes fideliter ſedi Romanæ perſoluerunt, eoque nomine apochas acceperunt. Modum ſoluendi et apochas dandi prælaudatus HOFFMANNVS *cit. l. lib.* 2. §. 23. *ab* LVDEWIGIO editus *tom. I. ſcript. Bamberg.* hoc modo depingit: *Eodem anno Hardouicus epiſcopus nuncium cum litteris Romam ad Clementem pontificem miſit, quibus ei ſinceram fidem et reuerentiam præſtitit, et cen- ſum annuum perſoluit. Ad eas litteras pontifex reſcripſit in hæc ver- ba: Clemens epiſcopus ſeruus ſeruorum Dei, venerabili fratri Hardouico, epiſcopo Babebergenſi, ſalutem et apoſtolicam benedi- ctionem. Cum annuum cenſum vnius palafridi albi cum ſella et cenſum marcarum argenti eccleſiæ Romanæ annis ſingulis perſol- uere tenearis, et vſque ad præſentem annum pro toto tempore præ- terito tum Prædeceſſorum tuorum quam tuo, de huiuſmodi cenſu*

ſit

ſit per te noſtræ cameræ ſatisfactum; nos ab eodem cenſu pro dicto tempore, te et eccleſiam tuam duximus abſoluendos, tibi ſuper hoc præſentes litteras concedentes. Volumus tamen, vt cenſum ipſum pro eodem, præſenti anno et deinceps annuatim ſoluere tenearis etc. Cum vero hic *cenſus annuus* graue onus eccleſiæ Bambergenſi eſſet, anno 1054. HENRICVS III. Imperator cum pontifice egit, vt eum remitteret. Rem geſtam enarrat HOFFMANNVS *cit. l.* §. *26.* his verbis: *erat ſub id tempus eccleſia Babebergenſis S. Petro et ſucceſſoribus eius pontificibus Romanis in cenſum marcas argenti et palafridum in ſingulos annos dandum adhuc obligata: eam a tanto onere Henricus liberare cupiens petiit a Leone pontifice, vt cenſum remitteret, et pro eo Beneuentum, in ducatu Beneuentano, regii iuris oppidum, nomine vicariatus ſibi haberet. Qua re audita, Leo facile annuit, et eccleſiam a præſtatione cenſus omnino liberauit.*

§. XII. Poſtquam ſæculo XI. *exemtiones totales* ab ordinariorum iuriſdictione in frequentiorem vſum ſunt deductæ, II) ſedes Romana in ſignum et teſtimonium *libertatis plenariæ* ab ordinariorum iuriſdictione hinc inde cenſum ſibi reſeruauit, quod tales eccleſiæ ſpecialiter *iuris B. Petri* exiſterent, vt dicitur in *c. 8. X. d. priuil.* Dixi *libertatis plenariæ*, quia plurimis eccleſiis tantum *libertas* in quibuſdam et *ſecundum quid* indulta. Id indicat BONIFACIVS VIII. *in c. 10. de priuil. in 6.* aiens: *Idem dicimus* (quod ſcilicet non ſit exemta eccleſia) *ſi circa aliqua per priuilegium concedatur libertas et clauſula de annuo cenſu ſoluendo ſequatur, vt ſi aliquibus, quod ab alio, quam a papa ſeu eius legato excommunicari, ſuſpendi aut interdici non poſſint, vel aliquid aliud ſpecialiter a ſede apoſtolica ſit indultum: vel etiam dicatur, quod in ſpeciales Romanæ eccleſiæ filios ſint aſſum-*

2) Soluuntur cenſus in ſignum exemtionis plenariæ.

Digitized by Google

ſumti, *et ſequatur in priuilegio*, *quod eccleſiæ Romanæ ad indicium libertatis perceptæ annuum cenſum ſoluant*. Ponderanda ergo ſunt diplomata, et ex iis iudicandum, an *plenaria libertas* eccleſiis vel monaſteriis fuerit indulta? Tale *libertatis plenariæ* priuilegium conceſſum eſt præpoſituræ Berchtesgadenſis a

Quod exemplo præpoſituræ Berchtesgadenſis illuſtratur.

PASCHALI II. anno 1106. apud LVNIGIVM *p. III. ſpicil. eccl. p. 3.* vbi refert, quod Berengarius et Cuno comites villam Berchtesgaden et Nidernheim *Deo et B. Petro ſub annuo cenſu obtulerint*, additque: *ſub tuitione apoſtolicæ ſedis ſuſcepimus, ſtatuimus itaque, vt nulli omnino liceat prædicta allodia B. Petro ſubtrahere, minuere vel temerariis vexationibus fatigare etc.* Confirmauit eandem *protectionis* conceſſionem CALIXTVS II. *anno 1122.* apud EVNDEM *cit. l. p. 4.* additque: *ad indicium autem perceptæ a Romana eccleſia libertatis aureum vnum quotannis Lateranenſi palatio perſoluetur.* In INNOCENTII II. bulla *de anno 1141.* apud EVNDEM *p. 5.* clauſula prior ita refertur: *ad indicium autem huius a ſede apoſtolica perceptæ protectionis bizantium aureum nobis noſtrisque ſucceſſoribus annis ſingulis perſoluetur*, qua formula etiam ſucceſſores pontifices vſi ſunt. Quamuis autem in CALIXTI II. bulla adiecta hæc fuerit clauſula: *ſane iuris eccleſiaſtici ſacramenta a diœceſano ſuſcipiatis epiſcopo*; hæc tamen nullam ordinario conſeruauit iuriſdictionem, ſed tantum actus *ordinis* ſeu *functiones ſacerdotales*, quæ a *iuriſdictione* magnopere diſtinguuntur. Similis tenoris bullam anno 1201. INNOCENTIVS III. conceſſit *cœnobio S. Petri in monte ſereno* den Peters-Berg, quam refert D. de LVDEWIG. *tom. II. reliq. MSCT. p. 208.* In ipſo diplomate refert 1) ſe eam eccleſiam *in ius et proprietatem eccleſiæ Romanæ recepiſſe*: 2) chriſma, oleum ſanctum, conſecrationes altarium ſeu baſilicarum, or-

Et cœnobii S. Petri in monte ſereno.

dina-

dinationes clericorum diœceſano epiſcopo reſeruaſſe, qua clauſula rurſus ei præter *actus ordinis* nihil relictum: 3) in ſignum libertatis ſibi *cenſum* perſoluendum eſſe, quod indicant verba hæc: *ad indicium autem huius perceptæ a ſede apoſtolica* LIBERTATIS *biſancium auri vel fertonem nobis noſtrisque ſucceſſoribus annis ſingulis perſoluetis.* Aliud *plenariæ exemtionis* ſub *annuo cenſu* documentum occurrit apud EDMVNDVM MARTENE *in collect. noua tom. I. P. II. p. 29.* vbi refert GREGORII VII. confirmationem priuilegiorum monaſterii Rothonenſis, hac vtentis inter alia formula: *proinde iuxta petitionem tuam præfato monaſterio, cui tu præeſſe dignoſceris, et quod iuris S. R. E. eſſe dignoſcitur, vnde per ſingulos annos cenſus trium denariorum aureorum ſibi redditur, huiuſmodi priuilegia præſenti auctoritatis noſtræ decreto indulgemus.* Poſt pauca clarius *exemtio totalis*, cuius nomine cenſus ſoluebatur, his exprimitur verbis: *vt nulli alii niſi Romanæ et apoſtolicæ ſedi, cuius iuris eſt, aliqua teneantur monachi occaſione ſubiecti.* In EVGENII III. diplomate, *p. 31. c. l.* relato, hæc occurrit formula de eodem monaſterio: *Ad indicium autem quod cœnobium eorum iuris ſit B. Petri et S. Romanæ eccleſiæ, ſingulis annis tres aureos noſtro Lateranenſi palatio perſoluetis.* Hæc leuioris cenſus præſtatio monaſteriis haud adeo onerosa erat, quippe qua a grauiſſimis epiſcoporum exactionibus et infinitis aliis oneribus liberabantur.

et Rothonenſis,

§. XIII. Neque vero ſedes Romana dumtaxat infinitas eccleſias immediate ſub *cenſu annuo* ſibi ſubiecit (quamuis non ab omnibus exemtis *cenſum* ſibi ſtipulata fuerit, vt indicat *c. cit. 8.*) ſed etiam III) integra regna ſub nexu quodam feudali *cenſualia* efficere, ſuoque pedo paſtorali inuſitata prorſus audacia *iure feudi* ſubiicere conata eſt, quo in inſtituto præ ceteris GREGORI-

3) in ſignum ſubiectionis, qualem cenſum Gregorius VII. a regnis exegit,

Vt α) Galliæ, GORIVS VII. inclaruit. Etenim (1) cenſum huiuſmodi Galliæ obtrudere voluit, vt docet *epiſt.* 23. *lib. VIII.* apud HARDVINVM *tom. VI. P.* 1. *p.* 1476. *Dicendum autem eſt omnibus Gallis, et per veram obedientiam præcipiendum, vt vnaquaque domus ſaltim vnum denarium annuatim ſoluat B. Petro, ſi eum recognoſcunt patrem et paſtorem ſuum more antiquo. Nam Carolus Imperator, (ſicuti legitur in tomo eius, qui in archiuo eccleſiæ B. Petri habetur) in tribus locis annuatim colligebat mille et ducentas libras ad ſeruitium apoſtolicæ ſedis: i. e. Aquiſgrani apud podium S. Mariæ et apud S. Aegidium.* Nondum vero hunc *tomum*, ad quem prouocat, publicauit pontifex, qui ſine dubio fictitius et ſpurius eſt, vt etiam obſeruant FLEVRY *in hiſtor. eccl. tom. XIII. p.* 395. et MAIMBOVRG. *dans l'hiſtoire du pontificat. de S. Gregoire le Grand, lib. III. in ſ. p.* 314. Addit *quamuis fruſtraneo conatu.* MAIMBOVRG. *p.* 315. *Mais comme on n' avoit garde de ſouffrir en France cette impoſition et qu' il ne paroit pas dans noſtre hiſtoire, qu' on l'ait ſeulement propoſe, il y a bien de l'apparence, que ſes legats n'oſerent jamais en parler, beaucoup moin entrependre d'executer ſes ordres.* Incidit forſan GREGORIVS VII. in litteras GREGORII M. vnde liquet, eccleſiam Romanam in Gallia poſſediſſe fundos quoſdam per teſtamenta et donationes fidelium, quos ad *firmam* concesſerat quibuſdam poſſeſſoribus, vnde hi quotannis certum ſoluebant cenſum, obſeruante MAIMBVRGIO *cit. l. p.* 306. *ſeqq.* Miſerat hunc in finem in Galliam Candidum, eumque CHILDEBERTO regi admodum commendauerat, hac addita petitione *lib.* 5. *epiſt.* 5. *ſi res eiuſdem patrimoniali ab aliquo detinentur, poteſtatis veſtræ iuſtitia corrigatur, et iuri priſtino, quæ ablata ſunt, reformentur.* Verum hoc *patrimoniolum B. Petri* tempore GREGORII VII. dudum exſtinctum et a pontificibus, aliunde ſatis ditatis, neglectum erat, vt nec ſub hoc prætextu vniuerſo regno cenſum imponere potuerit.

§. XIV.

Digitized by Google

§. XIV. Similem fabulam narrat GREGORIVS *VII. cit. l.* de Saxonia a CAROLO M. B. Petro oblata his verbis: *Idem vero magnus Imperator Saxoniam obtulit B. Petro, cuius eam deuicit adiutorio: et poſuit ſignum deuotionis et libertatis, ſicut ipſi Saxonis habent ſcriptum et prudentes illorum ſatis ſciunt.* In eodem forſan loco diploma hoc oblationis Carolinum aſſeruabitur, quo famoſa illa donatio CONSTANTINI M. patrimonii Petrini. Nam vtrumque titulum coniungere allaborauit in *formula iuramenti*, poſt RVDOLPHI mortem regi eligendo præſcripta *lib. IX. epiſt.* 3. apud HARDVINVM *cit. l. p.* 1481. *De ordinatione vero eccleſiarum, et de terris vel cenſu, quæ Conſtantinus Imperator vel Carolus S. Petro dederunt, et de omnibus eccleſiis vel prædiis, quæ apoſtolicæ ſedi ab aliquibus viris vel mulieribus ab aliquo tempore ſunt oblata vel conceſſa, et in mea ſunt vel fuerint poteſtate, ita conueniam cum Papa, vt periculum ſacrilegii et perditionem animæ meæ non incurram.* Hæc fuit aſtuta ſedis Romanæ cautela, qua ligare Imperatorum conſcientias voluere, vt regnum Germaniæ ſibi *cenſuale* facerent, vel iure feudi ſibi ſubiectum crederent, quæ tamen effectu caruit. ADRIANVS IV. tandem ad eas redactus eſt anguſtias, vt palinodiam cantare debuerit. Noti ſunt motus, ea de cauſſa a FRIDERICO I. excitati, quod imperium *ſedis Romanæ beneficium* vocare auſus fuerit. Rem enarrat RADEVICVS *de geſtis Friderici I. c.* 10. vbi imperator ipſimet tenorem litterarum papalium his refert verbis: *quod præ oculis mentis ſemper deberemus habere, qualiter dominus papa inſigne imperialis coronæ nobis contulerit, neque tamen pœnitentia moueretur, ſi maiora excellentia noſtra ab eo* BENEFICIA *ſuſcepiſſet.* Certior de indignatione imperatoris factus papa, hoc modo ſeſe purgauit ſcribens: *occaſione ſiquidem cuiuſdam verbi, quod eſt* BENEFICIVM *tuus animus, ſicut dicitur, eſt commotus*

β) *Saxoniæ*

Digitized by Google

motus - - - - Hoc enim nomen ex BONO *et* FACTO *eſt editum, et dicitur beneficium apud nos non feudum ſed bonum factum etc.* qua interpretatione facta tandem mitigauit imperatoris animum iratum, ſed ſimul agnouit, inutiles prorſus eſſe conatus, quibus imperium iure beneficiario ſibi aſſerere ſedes Romana iam dudum tentauerat.

γ) Hiſpaniæ. §. XV. Hiſpaniam quoque cenſualem eſſe atque ad ius B. Petri pertinere, credulo imponere voluit orbi GREGORIVS VII. *ep.* 7. *lib.* I. apud HARDVINVM *cit. l. p.* 1200. ſcribens: *Non latere vos credimus, regnum Hiſpaniæ ab antiquo proprium S. Petri fuiſſe et adhuc (licet diu a paganis ſit occupatum) lege tamen iuſtitiæ non euacuata, nulli mortalium ſed ſoli apoſtolicæ ſedi ex æquo pertinere. Quod enim auctore Deo ſemel in proprietates eccleſiarum iuſte peruenerit, manente eo, ab vſu quidem ſed non ab earum iure occaſione tranſeuntis temporis ſine legitima conceſſione diuelli non poterit.* Eandem fabulam repetit *lib. IV. epiſt.* 28. apud HARDVIN. *p.* 1373. *Notum vobis fieri volumus, quod nobis quidem tacere non eſt liberum, vobis autem non ſolum ad futuram ſed etiam ad præſentem gloriam valde neceſſarium, videlicet regnum Hiſpaniæ ex antiquis conſtitutionibus B. Petro et S. Romanæ eccleſiæ in ius et proprietatem eſſe traditum.* Poſt pauca allegat impedimenta, quæ exactionem *ſeruitii* ſeu *cenſus* admittere noluerunt: *Nam poſtquam regnum illud a Saracenis et paganis peruaſum eſt, et SERVITIVM, quod B. Petro inde ſolebat fieri, propter infidelitatem eorum, et tyrannidem detentum, ab vſu noſtrorum tot annis interceptum eſt, pariter etiam rerum et proprietatis memoria dilabi cœpit.* Hac de cauſſa ablegaſſe ſe duos prælatos in ſequentibus docet, qui iura ſedis Romanæ plenius aſſererent, et *ſeruitium*, quod B. Petro debetur, redintegrarent.

§. XVI.

Digitized by Google

§. XVI. Eadem fata habuit *regnum Portugalliæ*, protectionem ſedis Romanæ imprudenter ambiens. *Regnum, regi commiſſum, Romanæ eccleſiæ cenſuale* eſſe, et hac de cauſſa regem et regnum ſub B. Petri et ſua protectione ſe ſuſcepiſſe ſcribit INNOCENTIVS III. *lib. I. epiſt.* 441. edit. BALVZ. Idem repetit in *epiſt.* 48. *lib. I.* et fundamentum inde petit, *quod regnum regi commiſſum* (quaſi in adminiſtrationem a Papa) *ab inclytæ recordationis progenitoribus eius Romanæ eccleſiæ conſtitutum fuerit cenſuale.* His præmiſſis pergit: *Vnde per dilectos filios Ioannem Ouezi et Egeas Petri fratres hoſpitalis Hieroſolymitani pro annuo cenſu quatuor vnciarum auri, quas magnitudo regia recognouit ratione temporis a Lateranenſi concilio iam elapſi, quingenios et quatuor morabatinos ad ſuggeſtionem dilecti filii fratris Ruinerii nuncii noſtri nobis regia ſerenitas deſtinauit, quod debita proſequimur gratiarum actione.* Is fuit ALPHONSVS rex Portugalliæ, qui hoc regnum vectigale ſedi Romanæ fecit, ſub *annuo cenſu* vnciarum quatuor, vt docent litteræ a BALVZIO primum editæ *lib. II. miſcell. p.* 210. *δ) Portugalliæ.*

§. XVII. Pari fato, quod ſuperſtitio reprobanda produxerat, expoſita fuere alia regna. *Poloniam* enim et *Sileſiam* quoquoque *cenſuales* factas fuiſſe ex pacto Regis CASIMIRI cum pontifice oſtendit GOLDASTVS *de regn. Bohem. lib. II. c.* 12. *in f.* Facit huius cenſus ſoluti mentionem GREGORIVS *VII. l* 2. *epiſt.* 7. apud HARDVIN. *cit. l. p.* 1268. *Peruenit ad nos nuncius veſter, qui magnæ deuotionis et fidelitatis veſtræ exhibitionem nobis retulit, vt quæ B. Petro ſub nomine cenſus miſiſtis, videlicet centum marchas argenti ad menſuram veſtri ponderis.* *Regnum Daniæ* pari aſtutia ſibi ſubiicere ſtuduit GREGORIVS VII. vt docent *epiſt.* 15. *et* 57. *lib.* 2. Sed intentioni non reſpondit euentus, regemque Daniæ, qui pro more illius temporis non indeuotus erat in ſedem *ε) Poloniæ et Sileſiæ.* *ζ) Daniæ*

 dem

dem papalem, terruerunt aliorum veſtigia, animaduertentem, arrogantem hunc pontificem, ad reges cenſuales, vt ad *vaſallos* immo *ſubditos* ſuos, ſcribere. *Regnum Hungariæ* pariter ſuo pedo ſubiectum eſſe cenſuit GREGORIVS VII. *lib. 2. epiſt. 13.* apud HARDVINVM *cit. l. p. 1273. Namſicut a maioribus,* ſcribit, *patriæ tuæ cognoſcere potes, regnum Hungariæ S. Romanæ eccleſiæ proprium eſt, a rege Stephano olim B. Petro cum omni iure et poteſtate ſua oblatum et deuote traditum.* Redarguit ea de cauſſa SALOMONEM regem Hungariæ, quod regnum hoc regi Teutonico in beneficium obtuliſſet, cum hoc non regiæ, ſed *apoſtolicæ maieſtatis beneficium* recognoſcere deberet. Idem repetit *lib. II. epiſt. 63.* et *70.* et *lib. VII. ep. 4.* Regnum *Dalmatiæ* quoque Petro et ſibi vindicat quin etiam *Corſicam* inſulam *lib. VI. epiſt. 12.* in eundem referat cenſum, et ad dominium Romanæ eccleſiæ pertinere credat. *De cenſu* regni *Siciliæ* ſedi Romanæ olim præſtito vid. BALVZ. *in vit. Papar. Auen. p. 606.* Nec hic ſubſtitit; ſed ipſum *Ruſſorum imperium* iure beneficiario a ſe recognoſcendum eſſe cenſuit in *epiſtola ad* DEMETRIVM regem Ruſſorum ſcripta, *vid. lib. II. epiſt. 74.*

η) Hungariæ.

θ) Dalmatiæ et Corſicæ.

ι) Siciliæ.

κ) Ruſſiæ.

λ) Angliæ.

§. XVIII. Denique *Angliæ* regnum quoque denarium S. Petri, de ſingulis ædibus ſoluendum, ſedi Romanæ obtuliſſe noto notius eſt, de cuius auctore adhuc ſcriptores ambigunt hæſitantque vid. CANGIVS *in gloſſ. voc. Denarius S. Petri.* Soluiſſe hoc tributum GVILIELMVM regem anno 1070. conſtat. vid. *Geſt. Guilielm. p. 206.* Recuſaſſe tamen eoſdem illud, indicant litteræ INNOCENTII *III.* de anno 1214. apud RYMERVM *tom. I. act. publ. Angl. p. 182.* Nouum anno 1213. acceſſit *ſubiectionis* documentum ſub rege IOANNE, qui irato pontifici aliter ſatisfacere non poterat, quam vt regnum ſuum in ma-

manus eius reſignaret, et illud ab eo rurſus in feudum reciperet. Litteras recognitionis referunt MATTHAEVS *Pariſ. in hiſtor. Angl. ad cit. ann. p. 198. ſq.* et RYMER *c. l. p. 176.* in quibus ſubiectionem ſuam his profitetur verbis: *Conferimus et libere concedimus DEO et ſanctis Apoſtolis eius Petro et Paulo et ſanctæ Romanæ eccleſiæ matronæ noſtræ, ac Domino Papæ Innocentio eiusque catholicis ſucceſſoribus totum regnum Angliæ et totum regnum Hyberniæ cum omni iure et pertinentiis ſuis pro remiſſione omnium peccatorum noſtrorum et totius generis noſtri pro viuis quam pro defunctis, et a modo illa ab eo et eccleſia Romana tanquam ſecundarius (feodarius* rectius habet RYMER *c. l.*) *tenentes et recipientes in præſentia prudentis viri Pandulphi domini Papæ ſubdiaconi et familiaris - - - ad indicium autem huius noſtræ perpetuæ obligationis et conceſſionis volumus et ſtabilimus, vt de propriis et ſpecialibus reditibus noſtris prædictorum regnorum pro omni ſeruitio et conſuetudine, quæ pro ipſis facere debemus, ſaluis per omnia denariis beati Petri, eccleſia Romana mille marcas Eſterlingorum percipiat annuatim; in feſto ſcilicet S. Michaelis quingentas marcas, et in paſcha quingentas. Septingentas ſcilicet pro regno Angliæ et trecentas pro regno Hyberniæ.* En vero ſuperbiam PANDVLPHI legati pontificis! Hic enim pecuniam, quam in *arrham ſubiectionis* rex contulerat, ſub pede ſuo conculcauit; archiepiſcopo dolente, et reclamante, vt ait MATTHAEVS *Pariſ. cit. l.* Repetiit hanc *oblationem* INNOCENTIVS III. in litteris de anno 1215. apud RYMERVM *c. l. p. 203.* ad Barones Angliæ. Innouata eſt eodem anno ſolemniter hæc *ſubiectio*, adueniente in Angliam NICOLAO V. Thuſculanenſi legato ſedis Romanæ, teſte EODEM *p. 207.* inquiente: *ante maius altare* eccleſiæ cathedralis *coram clero et populo exacta eſt a rege et innouata, illa non formoſa ſed famoſa ſubiectio, qua in manum domini Papæ diademate cum regno reſignato, tam domi-*

Quæ a Papa in feudum data.

Admodum ferociente eius legato.

dominium Hyberniæ quam regnum ſubdidit Anglicanum. Anno 1215. pontifex *ſubiectionis* memoriam renouauit in bulla apud EVNDEM *cit. l. p. 223.* his verbis: *quin immo vtraque ſententia relexata regnum ſuum tam Angliæ quam Hyberniæ beato Petro et eccleſie Romanæ conceſſit: recipiens illud a nobis in feudum SVB ANNVO CENSV MILLE MARCARVM, fidelitas nobis inde præſtito iuramento.* Ceterum de *origine cenſus*, ex Hibernia ſoluendi, et quidem ex ſingulis domibus, occurrit *charta* ADRIANI de anno 1154. ad HENRICVM Regem Angliæ apud RYMERVM *in act. publ. Angl. tom. I. p. 15.* qua ei concedit poteſtatem ingrediendi inſulam *ſalua B. Petro et ſacroſanctæ Romanæ eccleſiæ ſingulis domibus annua vnius denarii penſione.* Hoc modo pontifices quæuis regna *ſub annuo cenſu* ſibi ſubiugare conati ſunt, et forſan omnes reges parem fortunam cum rege Angliæ experti fuiſſent, niſi tandem aulæ Romanæ vltra modum creſcens potentia fracta fuiſſet. De hiſce *vaſallis ſedis Romanæ* ex inſtituto agit ANTHONIVS MARCELLVS *de iure ſeculari Rom. Pontif.*

Similis cenſus ſolutio ex bonis oblatis.

§. XIX. Liquet ex hactenus dictis, hunc cenſum eccleſiam Romanam ab eccleſiis, monaſteriis et regnis ſibi paſſim vindicaſſe, vel in ſignum *acceptæ libertatis* ab epiſcopali iuriſdictione, vel in argumentum *ſingularis protectionis* ſedis Romanæ, vel ob *nexum feudalem* in memoriam factæ olim *oblationis* in feudum eccleſiæ Romanæ. Neque vero tantum ſedi Romanæ hi *cenſus* ex *regnis beneficiariis* obuenerunt; nobiles quoque et proceres regnorum, in primis Germaniæ, bona ſua eccleſiis epiſcopalibus monaſteriisque in feudum obtulerunt, ex deuotionis cuiuſdam irregularis pruritu, ſimulque ſeſe ad ſeruitia feudalia et cenſum annuum, in memoriam factæ *oblationis*

et

et *recognitionis* ſoluendum, obſtrinxerunt, vel *iure precariarum* ab iis poſſederunt. Varia id diplomata illuſtrant et corroborant. Apud GOLDASTVM *tom. II. rer. allem. p. 41. n. 50.* occurrit charta VPPERTI, qua bona ſua obtulit eccleſiæ S. Galli et in recognitionem memoriamque huius oblationis ſeſe ad cenſum obligauit, his verbis: *in ea vero ratione, vt dum ego aduixero, ipſas res habere debeam et cenſui me pro hoc annis ſingulis de feſtiuitate S. Galloni in aliam ſoccum aut IV. denarios.* Aliam chartam ſimilis *oblationis* IDEM *cit. l. n. 42. p. 38.* adfert, vbi iſta *cenſus* obligatio occurrit: *et pro iſtas res proſeruire volo annis ſingulis h. e. XXX. ſeglas ceruiſiæ, XL. panes, Friſchengam tremeſſem valientem et XXX. mannos et arare duos iochos in anno.* Alia oblationis charta *n. 84. p. 53.* occurrit, qua teſtatur Wolfhugi ſe cœnobio S. Galli tradidiſſe et donaſſe, quicquid in pago Turgawenſi poſſederat, additque ſequentia: *mihique et legitimæ meæ procreationi ſub ea ratione poſſidendam dereliquit* cœnobium, *vt cenſum exinde ſingulis annis perſoluamus i. e. II. denarios vel II. maldros de grano. Si ego illas redimere velim, cum I. ſolido id agam. Si vero ego illas non redimam, legitimi heredes mei ſub prædicto cenſu eos poſſideant.* Sub *n.* 83. GOLDASTVS *cit. l.* aliam chartam oblationis adfert, in qua cenſus a priori diuerſus conſtitutus legitur: *in ea videlicet ratione, vt eaſdem res ad me recipiam tempus vitæ meæ perfruendas, cenſumque inde annis ſingulis perſoluam i. e. vt ad proximam curtem S. Galli vnum iuchum arem, et cum ſemine meo ſeminem annis ſingulis vnaquaque iuga. Et ſi redimere illud velim, cum duobus ſolidis id agam. Si autem vxor mea me ſuperuixerit, eaſdem res habeat, centumque omnis annis ſingulis perſoluat, i. e. VI. maldras de auena et I. maldram de Kernone etc.* Similes chartæ occurrunt *n.* 77. 78. 79. 81. 82. quæ oſtendunt, bona huic cœno-

cœnobio fuiſſe oblata, vt vel eadem *iure feudi* vel *precariæ* in poſterum ſub annuo cenſu tenerent. Vnde adhuc hodie infiniti cenſus cœnobiis et hoſpitalibus ſoluuntur.

Cenſus curiæ Romanæ ſoluti citra Simoniam.

§. XX. Sed reuertor ad *curiam Romanam*, in qua dubium motum fuit, an talis cenſus citra *Simoniam* ſoluatur? Morem hunc INNOCENTIVS III. in *c. 6. X. de relig. domib.* ab omni ſimoniaca labe immunem eſſe cenſuit his verbis: *nos quoque cum libertatis priuilegium vel protectionis præſidium aliquibus eccleſiis indulgemus, gratis accipiamus cenſum gratis oblatum, et in litteris noſtris ad ſucceſſorum noſtrorum memoriam cenſus exprimamus etiam quantitatem.* Duplici argumento probat, in ſolutione huius cenſus *Simoniam* abeſſe, 1) *quod gratis accipiatur*, non tanquam *pretium* acceptæ libertatis et redemtæ protectionis: tunc enim Simoniam committi volunt, quando *vt pretium* interueniente pacto aliquid ſoluitur, quod in *cenſus ſolutione* occurrere non videtur, vtpote nullam proportionem habentis cum priuilegio accepto, ſed tantum in *ſignum* et memoriam impetratæ gratiæ promiſſi: 2) *quod gratis offeratur*, non quaſi ex pacto, ſed ſpontanea oblatione; neque enim in *exemtionibus* et *protectionum* bullis ſemper cenſus eſt reſeruatus, et per ſtipulationem conſtitutus, ſed magis a quibuſdam, vt vult pontifex, *ſponte oblatus.* Meo iudicio non neceſſe fuiſſet, hiſce vti argumentis, niſi tam late, contra iuris rationem, extenſa fuiſſet SIMONIAE *labes putatiua*, vt facile ratio dubitandi contra hos cenſus inde deſumi potuiſſet. Interim rationes adductæ ita comparatæ ſunt, vt fere vbique ſimoniæ inuolucrum aliquod induci poſſet, cum, quod ſoluitur, vtplurimum titulo *honorarii*, *ſponte oblati*, ſoleat incruſtari.

§. XXI.

§. XXI. Eadem ratio quoque varios *aduocatorum cenſus* produxit, quorum ſolutione eccleſiæ vel monaſteria recognouere, ſe *iuri aduocatiæ* ſubiecta eſſe. In genere enim, vt dixi, hi cenſus argumenta erant iuris alicuius alteri conceſſi vel ab eo impetrati, cuius *memoriam* hoc ipſo conſeruabant veteres. Dabantur vero frequenter aduocati eccleſiis vel nudæ *defenſionis* vel etiam *iuriſdictionis* exercendæ gratia. Prior ſpecies fere cum illa coincidit *protectione*, qua papa olim plura monaſteria amplexus eſt. Puto huc referri poſſe der Schutz-Brief des Churfürſten von Sachſen Friederich, den er dem Kloſter Doberlug anno 1435. gegeben, quam refert B. de LVDEWIG *tom. I. reliq. MSCtor. n. 317.* in quo de *cenſu* ita cauetur: und darumb ſoll uns der obgenannte Apt, ſine Sammunge und ihre Nachkommen jerlichen reichen und geben ſechzehen Schock unver Groſchen zu Schutz-Gelde und Irgetzung unſerer mühe und Erbeit, inmaßen der daß ſin Brief uns dorüber gegebin ſürderlicher innehelder. Poſterior *aduocatiæ* ſpecies tunc erat neceſſaria, quando monaſteria ducum ordinariæ poteſtati erant ſubducta, vt haberent *iudicem*, per quem *ciuilia et criminalia* expedirentur, quorum exercitio prælati eo tempore adhuc abſtinere cogebantur. Apud auctorem *Chron. Gemmelac. in ſpicil. Dacheriano tom. VI. p. 505. vel tom. II. p. 761. edit. nou.* relati occurrit diploma OTTONIS M. de anno 984. quibus LANTBERTVM, comitem Louanienſem, creauit aduocatum cœnobii Gemmelacenſis, cenſumque hunc ei aſſignauit: *Porro ſubaduocatus in villis ad aduocatiam pertinentibus nihil aliud iuris habeat niſi per ſingulos annos de vnaquaque domo denarium vnum, gallinam vnam, auenæ ſextarium vnum. In charta* HENRICI IV. *de anno 1075.* relata in *monum. Wurtemb. in mon. Hirſaug. n. 1.* et apud TRITHEMIVM *in chron. Hirſaug.*

Cenſus etiam aduocatis ſoluti,

protectionis cauſſa,

pro iuriſdictionis exercitio.

ad ann. 1071. p. m. 86. hæc occurrunt: *nullum aliud ſeruitium, ius aut beneficium ſibi pro hoc recognoſcat, niſi tertium bannum et conſuetudinariam iuſtitiam et legem, quam ceteri aduocati in aliis liberis monaſteriis habent ſuper fures, proteruiam et cenſuales et cetera talia, et in illis tribus placitorum diebus in vnoquoque maltrum de frumento et vnum friſcingum* (friſkingium) *et vnum ſiclum de vino et cetera ad hoc pertinentia.* Similis fere tenoris chartam *de anno 1090.* ex MSCto publicaui in *obſeruat. ad Petr. de Marca de C. S. et Imp. lib. I. c. 12. obſ. 18.* in qua RVTHARDVS, archiepiſcopus Moguntinenſis, monaſterium Comberg. confirmauit, et de aduocati iure hæc conſtituit: *cuius aduocati libero conceſſum eſt arbitrio, vt ſemper, ſi velit, poſt ſanctam hebdomadem pentecoſtes II. feria placitum habeat in villa, quæ dicitur S. et non in anno ſæpius niſi ab abbate inuitatus; in prædicto autem placito ad ſeruitium eius debet abbas ei dare maltrum frumenti pro faciendo pane friſgingum vnum porcinum et duos ouinos et vinum ceteraque ad hæc ſufficientia.* Similiter TRITHEMIVS *in chron. Spanheim. ad ann. 1325.* idem illuſtrat: *denique ad petitionem præfati comitis Ioannis Willicho abbas prædictum filium eius aduocatum ſuum in villa monaſterii, quæ dicitur auuen conſtituit, cui duodecim maldra auenæ et totidem pullos ab incolis eiuſdem villæ danda ſingulis annis pro feudo aſſignauit.* Sed ne quidem hoc cenſu moderato contenti erant aduocati, ſed quidam occaſione eius plures alias *exactiones* faciebant, et monaſteria admodum grauabant, vt magis eſſent *monaſteriorum hoſtes*, quam *protectores.* Ciſtercienſes ſpeciali priuilegio a GREGORIO IX. anno 1234. contra huiuſmodi attentata muniti ſunt, quod refert CHRYSOST. HENRIQVEZ *in menolog. ord. Ciſt. tom. II. priu. 15. p. 61.* Alia monaſteria ſibi alia ratione conſulue-

Digitized by Google

luerunt, graui ære redimendo aduocatias, vel aliter eas abolendo.

§. XXII. Inde quæſtio fuit mota, an ex ſolutione cenſus poſſit *ius aduocatiæ* probari, vel ad minimum eius *poſſeſſio* induci? Negat hoc ROSENTHAL. *de feud. c. IV. concl. 14. n. 3.* nec ſine ratione negat. Cum enim cenſus ſit argumentum *varii iuris*, non *aduocatiæ* tantum, adeo vt etiam propter *remiſſum ius aduocatiæ* reſeruari potuerit in memoriam priſtini iuris, euidens eſt, ſolam cenſus ſolutionem eſſe argumentum admodum incertum et lubricum pro certo iure inde probando, niſi alia vrgentia adminicula accedant, vnde de *vero fine* huius cenſus conſtare poſſit. Ergo probandum eſt, cenſum eſſe ſolutum in argumentum *aduocatiæ* vel oſtendendum, in cuius ſignificationem ſolutus fuerit? Ceterum ſi conſtat, in ſignum *protectionis* eſſe cenſum ſolutum, monaſterio deſtructo, non amplius debetur, cum obligatio ad ſoluendum cenſum ſit *reſpectiua*, reſpectu certæ rei et intuitu *certi finis* præſtanda, quo vtroque exſtincto, cenſum quoque exſtingui neceſſe eſt. MAGERVS *de aduoc. arm. c. 16. n. 15.* Quid vero ſi cenſus fuerit promiſſus in argumentum acceptæ *libertatis* ab aduocatia? Hic diuerſus et quidem talis finis eſt, qui durare videtur, deſtructo etiam monaſterio. Enim vero cum hic cenſus ipſa bona eccleſiaſtica vel monaſterium adficiat, et intuitu eorum ſoluatur, non ſemper apparet, a quo exigi cenſus queat. Ponamus, monaſterium prorſus deſtructum, bona diſſipata et dilacerata fuiſſe, vt poſſeſſores eorum incerti, vel interueniente belli calamitate memoria deleta ſit, a quo quæſo talis cenſus exigi poſſet? Certe, vt ego quidem exiſtimo, a nemine; ſi poſſeſſores bonorum horum adſunt, ab his cenſus exigi poſſunt, quippe qui

Non tamen ex cenſus ſolutione poteſt ius aduocatiæ probari.

Exſtincto monaſterio, exſtinguitur cenſus protectionis ergo conſtitutus,

vel etiam ſi acceptæ libertatis cauſſa promiſſus eſt.

bona *indiuidio nexu* adficiunt. Vnicum tantum excipio caſum, quem inſtrumentum pacis *art. V.* §. *47.* indigitare videtur, ſi anno 1624. A. C. ſtatibus, fundationibus iam deſtructis aut collapſis, ex alienis territoriis penſiones, quorſum etiam tales *cenſus* pertinent, debitæ fuerunt, qui exſolui in poſterum quoque debent iis, qui *anno 1624. d. 1. Ian.* in *poſſeſſione perceptionis* vel quaſi fuerunt. Præterea vero hoc adiicitur: *quæ vero ab anno 1624. deſtructa fuerunt, aut in futurum concident, eorum penſiones etiam in alienis territoriis domino deſtructi monaſterii ſeu loci, in quo id ſitum, exſoluantur.*

Epiſcopi cenſus exegerunt 1) pro conceſſione vt monaſteria eccleſias parochiales a laicis acquirerent,

§. XXIII. Præterea quoque *epiſcopis* variis ex cauſſis cenſus ſoluti ſunt. Sic 1) monaſteria olim eccleſias parochiales a laicis ex antiqua infeudatione poſſeſſas, acquirebant, id quod cum aliter, quam cum *conſenſu* epiſcoporum fieri non poſſet, ſolebant hi *annuum cenſum* pro tali *conceſſione* ſibi reſeruare, quem concilium Claromontanum certo modo approbauit, apud PETRVM *de* MARCA *de C. S. et I. lib. VI. c. 31.* et HARDVINVM *tom. VI. p. 2. concil. p. 1735.* Ceterum hoc etiam II) epiſcopi ad eum extendebant caſum, ſi ipſimet eccleſias tales, olim in feudum laicis datas, manibus poſſeſſorum liberauerant, et in priſtinum reſtituerant ſtatum, pro quo *beneficio* ab eccleſia *annuum* poſtulabant *cenſum*, quod ſordidæ auaritiæ indicium videbatur, adeoque merito reprobandum erat, vt docet *c. 9. X. de cenſib.* Immo III) quandoque ipſas eccleſias ſub *annuo cenſu* clericis concedebant, quod inſtar *locationis* erat, vel *feudi cenſualis* ad vitam conceſſi, vt illuſtrat charta apud MEICHELBECKIVM *in hiſt. Friſing. tom. 1. p. 2. n. 336. p. 178.* quod tamen poſtea variis ex cauſſis reprobatum, vt *tit. ne prælati vices ſuas vel eccleſias ſub annuo cenſu conced.* docet. IV) Epiſcopi

vel 2) pro earum liberatione a manibus laicorum,

3) vel pro locatione earum,

4) pro renunciatione iuris diœceſani,

pi quoque annuum cenſum ſibi ſtipulari poterant, quando iuri ſuo diœceſano, accedente conſenſu papali, in monaſteria et eccleſias ei connexas renunciabant, quod approbat pontifex in *c. 6. X. de relig. domib.* Cum enim in *exemtionibus* monaſteriorum ſæpe ſolitus fuerit cenſum certum ſibi reſeruare, id multo magis permittere debuit epiſcopis, iuri ſuo in monaſteria ſub hac conditione renunciantibus. Porro V) in *vnionibus* eccleſlarum, præſertim, quæ monaſteriis fiebant, ſibi licite epiſcopos, pro facultate hac accepta, *cenſum annuum* reſeruaſſe, indigitat pontifex in *cit. c. 6.* his verbis: *cum non inſolitum ſit, nec nouum, vt cum epiſcopi eccleſias conceſſerint piis locis, aliquid ſibi reſeruent in eis nomine penſionis.* Exemplum huius cenſus occurrit apud VGHELL. *tom. I. Ital. ſacræ p. 259.* VI) Quandoque etiam loco *exactionum,* quæ varii generis erant, ſibi cenſum quendam generatim ſtipulabantur, et ab illis ex ſingulari gratia eccleſias liberabant, vt docet *c. 21. X. de cenſ.* Denique VII) in ipſa *dedicatione* eccleſiæ *honoris et memoriæ gratia* quandoque quid epiſcopo reſeruatum eſt, vt docet *c. 30. C. 18. q. 2.* VIII) Denique pro *ſuſceptione curæ* quandoque in fundatione monaſteriorum epiſcopo *cenſus* addictus, quod docet charta de a. 763. apud MEICHELBECK. *in hiſt. Friſing. tom. I. p. 2. n. 12.* vbi in cenſum annuum epiſcopo aſſignati ſunt *duo pedules,* qui fuere indumenti genus, monachis olim vſitatum, vt *Idem P. I. tom. I. p. 60.* obſeruat.

5) pro vnione,

6) pro liberatione ab exactionibus,

7) In dedicatione ipſa.

§. XXIV. Hæc omnia euincunt, cenſuum fuiſſe diuerſiſſimos fines, quod etiam confirmatur in *c. 5. X. de cenſib.* adeoque vniuerſalem regulam de his conſtitui non poſſe, niſi hanc, quod pro *conceſſione iuris cuiuſdam ſingularis* conſtituti vel reſeruati fuerint ſoluti. Hunc morem in imitationem traxerunt

Cenſus etiam principes pro conceſſionibus variis exegerunt.

xerunt poſtea *principes* aliiue *magiſtratus*, ſubditis aliquid indulgentes, et pro annuo cenſu hanc vel illam *facultatem*, quam abſque eorum conſenſu exercere nequeunt, concedentes, veluti exſtruendi molendinum, aperiendi metalli fodinam, monopolium et quæ ſunt alia. Etenim *libertas naturalis* in multis prouinciis per leges prouinciales admodum reſtricta eſt, vnde factum, vt non ſpernendi prouentus ex *cenſibus annuis* in fiſcum vel ærarium magiſtratuum quotannis redundent. Ideo enim ſoluuntur hi cenſus annui, tum vt recognoſcant ſubditi, ſe ex *conceſſione magiſtratus*, et non proprio iure, hac facultate vti, tum etiam quia exemplo antiquorum epiſcoporum iam dudum in morem abiit, nullam indulgere *gratis* gratiam, ſed omnia vtplurimum *pro cenſu* annuo concedere. Denique hoc etiam *nobiles* in pagis ex antiqua *dominica poteſtate* in ruſticos, qua horum libertas naturalis admodum ligata fuit, in conſtantem traxere praxin, et ruſtici ſub annuo cenſu commercium huius vel illius iuris, a quo per *dominos* antiquitus excluſi fuere, impetrare coacti ſunt.

Nobiles quoque tales cenſura ruſticis pro huius vel illius iuris vſu exigunt.

§. XXV. Hac de cauſſa BERGER. *in œconom. iur. lib. 1. tit. 12. §. 16. not. 6.* non inique cenſet, 1) cenſum de vino vſto Brantwein-Blaſen-Zins regalibus minus recte accenſeri, multo minus 2) *cenſum protectionis et incolatus* Schutz- und Hauß-Genoſſen-Geld, adeoque etiam hos nobilibus et magiſtratui inferiori deberi poſſe; addit vero, hos cenſus a *iuriſdictione* repetendos non eſſe, ſed ſolo *vſu* æſtimari. Sicuti vero *obſeruantia* ſine fundamento quodam eſſe non ſolet, quo primordialiter eſt introducta, ita nec hoc caſu illud deficere videtur. Scilicet 1) ipſa *cenſus* exactio pro conceſſione cuiuſdam *facultatis*, in ſe non eſt regale, vti ex hactenus dictis liquet, ſed potius ipſa

Digitized by Google

ipſa *facultas* inſpicienda, quæ quoties *regalibus* annumeratur, cenſus debetur cameræ principis; quoties vero etiam arbitrio priuatorum ſubiecta, cenſum etiam hi ſibi ſtipulari vel reſeruare poſſunt. 2) Nobiles olim habuiſſe *dominicam poteſtatem* in ruſticos, iam ſupra obſeruaui, vnde non tantum ipſa *patrimonialis iuriſdictio* natales ſuos habet, ſed ipſimet varia *iura præcipua* ſibi vindicarunt, a quorum commercio ruſticos adhuc hodie excludunt, et in antiquiſſimo *vſu* et *obſeruantia* hac de cauſſa ſeſe fundare ſolent. Sane *commercium vini aduſti priuatiuum* nobilibus eo magis arriſit, quo magis ſeſe hoc potu ingurgitare ſolent ruſtici, non ſine lucro et quæſtu eius, qui cenſum inde percipit. Ideo enim hoc commercium ex *poteſtate antiqua* ſibi priuatiue attribuerunt, vt *annuum cenſum* pro eius conceſſione quotannis percipere poſſent. Ita vero 3) regulariter talis *cenſus* debetur *domino iuriſdictionis*, quippe qui in iura veterum dominorum ſucceſſit, qui tale commercium ſibi appropriarunt. Denique 4) *cenſus protectionis et incolatus* ex eodem principio fluit, ex quo primordialiter iuriſdictio patrimonialis deduci debet. Exercuere nobiles *dominicam poteſtatem* in ruſticos: pagum, in quo hi habitabant, *ſuum et patrimonialem* dixere, et, poſtquam bona ſua in feudum obtulere, inde factum, daß ſie auch mit dem Dorffe belehnet werden. Inde qui in ipſo pago, vt inquilinus vel incola recipi et commorari voluit, ex conceſſione eius, cuius in dominio fuit pagus, id facere debuit, indeque mos inualuiſſe videtur, vt tales incolæ ſoluere teneantur *cenſum protectionis et incolatus*, quod ita eius *iuriſdictioni* ſeſe ſubiecerint. WILDVOGEL *de protectionis cenſu*. Cum hoc cenſu affinitatem habet *cenſus agricolationis* vulgo Leib-Pfennig, Leib-Beth, in illis locis adhuc vſitatus, in quibus ruſtici *homines*

Cenſus protectionis.

Cenſus agricolationis.

nes proprii ſunt ſeu ſeruilis conditionis, quippe quem præſtant in argumentum ſeruitutis ſeu proprietatis, vid. FROMMAN. *de oper. ſubditor. maxime ruſticor. th. 23.* HARPRECHT *vol. nou. conſ. 4. n. 776. ſeq.* STAM. *de ſeruit. perſon. lib. III. c. 22. n. 2.* Talem cenſum annuum ſponte olim ſubierunt, qui ſeſe in *proprietatem* alteri dabant, in primis ſi ſeſe vt *mancipia* et *proprios homines* eccleſiis vel monaſteriis offerebant. Teſtis eſt CAESAR HEISTERBACH *lib. VII. de mirac. c. 39.* referens, *Walterum de Birbach, conſanguineum Henrici ducis Louanii B. Mariæ in quadam paupere eccleſia in eius honorem dedicata, fune collo ſuo iniecto, ſeruum glebæ ſeſe obtuliſſe et ſoluiſſe ſingulis annis cenſum de capite ſuo; qualem ſerui originarii ſoluere conſueuerunt.* In locum huius cenſus, qui *ſeruitutis* argumentum eſt, ſine dubio cenſus *protectionis* et *incolatus* ſubſtitutus eſt iis in locis, vbi ruſtici non amplius ſunt *proprii homines*, ſed *liberi*, vt in argumentum *protectionis* cenſum ſoluant, quem olim ſoluebant ruſtici in *ſeruitutis* indicium. Aegre enim, ſtatu ruſticorum licet mutato, nobiles aliquid de reditibus ſuis remiſerunt, vtut nomina mutare coacti fuerint.

Patroni quoque eccleſiis a ſe fundatis cenſus impoſuere.

§. XXVI. Supereſt, vt reliquam *cenſuum* praxin paucis adiiciam. Quod *epiſcoporum* auaritia iam dudum probauerat, etiam *patroni*, eccleſias in ſuis fundis exſtruentes, ſibi permiſſum eſſe perſuaſiſſimum habebant, variiſque cenſibus eccleſias ſuas grauabant, vt docet *c. 23. X. de iure patron.* Reprobauit hoc ipſum pontifex voluitque, vt tantum *antiquos* et *moderatos reditus* perciperent, a nouis vero abſtinerent. *Antiqui* reditus non alii erant, quam qui *conſenſu epiſcopi* in *ipſa fundatione* reſeruati erant. Sicuti enim quilibet rei ſuæ legem ſcribere poteſt, ita æquum erat, vt patronis cenſus, ſub cuius con-

Digitized by Google

conditione eccleſias fundauerant, præſtarent. Solebant enim patroni in *memoriam priſtini dominii*, et ad captandam gloriam in omnem poſteritatem, ex bonis in eccleſiam collatis, ſibi cenſum quendam annuum reſeruare, quale exemplum ſuppeditat pontifex in *c. 18. X. de ſent. et re iudic.* vbi patrono annuatim *decem ſolidi* ſoluendi erant. *Noui* cenſus autem dicebantur, qui poſt fundationem eccleſiis a patronis obtrudebantur, iure ſuo ſeſe vti arbitrantibus, quod iure *dominii directi* gauderent. Nec hoc demirandum, cum idem epiſcopi tentarent, vt ordinarii collatores ceterorum beneficiorum *c. 7. X. de cenſib.* Vtrumque hoc prohibitum eſt, ceu docent *c. 7. et 15. X. eod.* adeo vt nec antiquos cenſus augere permiſſum ſit.

Præſtant etiam cenſus parochi prælato, cuius beneficio eccleſia per vnionem iuncta eſt.

§. XXVII. Deprehendo etiam cenſum, quem *parochi* ſoluere debebant de reditibus parochialibus prælato, cuius beneficio iuncta erat per *vnionem* eccleſia. Hic enim primarius vnionis erat effectus, vt vel *rector dominus*, vti vocant *principalem*, omnes reditus perciperet, et *vicario* ſuo quotannis certam redituum portionem aſſignaret; vel vicarius ſeu parochus omnes reditus perciperet, et principali quotannis *cenſum* præſtaret, prout in ipſa *incorporatione* vel *vnione*, auctoritate epiſcopi, prouiſum erat. Illuſtratur poſterius per *vnionis* inſtrumentum de *anno 1309.* FRIDERICI epiſcopi Brandenburgenſis apud LVDEWIGIVM *tom. II. reliq. MSct. n. 176.* in quo *plebano* ſeu parocho hoc onus impoſitum: *videlicet quod plebanus quicunque ſeu rector eccleſiæ præfatæ in Schartowe, qui pro tempore fuerit, VI. marcas argenti Stendallienſis, Magdeburgenſis ponderis et octo choros diuerſi generis annonæ ſupra dictis præpoſito, qui pro tempore fuerit, et eccleſiæ ſanctæ Mariæ ſingulis annis in perpetuum et cunctis temporibus ſeculorum de reditibus*

Digitized by Google

et prouentibus ipſius eccleſiæ annalis in Scharthowe, ad vſus præpoſiti ac ipſius eccleſiæ perſoluet, præſentabit, donabit, atque dabit ad diem S. Martini biemalem. Idem FRIDERICVS eodem anno apud EVNDEM *n. 177.* eccleſiam Burch eidem cœnobio incorporauit, hac inter alia vſus formula: *videlicet quod plebanus quicunque ſeu rector eccleſiæ præfatæ in Burch, qui pro tempore fuerit, XL. marcas argenti Stendallienſis Magdeb. ponderis ſupra dictis præpoſito, qui pro tempore fuerit et eccleſiæ S. Mariæ ſingulis annis in perpetuum et cunctis temporibus ſæculorum de reditibus et prouentibus ipſius eccleſiæ parochialis in Burch ad vſque præfati præpoſiti ac ipſius eccleſiæ perſoluet etc.* Vtrumque diploma vallatum eſt *pœna dupli*, ſi parochus negligens fuerit in ſoluendo hoc cenſu.

Cenſus precariarum.

§. XXVIII. Non infrequentes quoque olim fuere *precariarum* conceſſiones, quarum rationes excuſſi *in iur. eccleſ. proteſt. tit. de precar.* Poſſeſſoribus harum regulariter ad *annuum cenſum* tenebantur in recognitionem dominii, et argumentum *conceſſionis precariæ.* Apud MABILLON. *in annal. Benedict. tom. II. in append. n. 43.* occurrit precaria Bertfredi abbatis Melundenſis, vbi inter alia præſtatio annui cenſus hac firmatur clauſula: *ſi de ipſo cenſu negligentes apparuerimus, duplum componamus, et nihilominus precaria iſta firma omni tempore vitæ noſtræ permaneat et ita ſtabilis, ac ſi de quinquennio in quinquennium renouata ſit.* In capitularibus hanc in rem facientia plura occurrunt documenta. *Lib. VI. cap. 425.* apud BALVZ. *tom. I. p. 1006.* conſtitutum, vt in adiutorium exercitus *ſub precario et cenſu* bona eccleſiaſtica retineantur, ſimulque conditiones vtriuſque determinantur. *Lib. VII. capit. 142. p. 1034.* de aliis *precariis* generaliter id traditur, epiſcopiſque ele-

electio relinquitur, vtrum finitis precariis rem ipſam recipere velint, an poſteris eorum *ſub precario et cenſu* habere permiſerint? In *formulis Bignonianis* apud BALVZ. *tom. II. p. 506. n. 20.* hæc occurrrit clauſula: *propterea hanc precariam manu mea vel bonorum hominum firmatam vobis exinde emiſimus, vt annis ſingulis cenſu denariorum tot ad luminaria S. illius -- die illo, quod eueniet feſto ipſius ſancti illius pro hoc vobis dare et adimplere faciam.* Aliis teſtimoniis hoc exornat BIGNONIVS *in not. ad append. Marculfi* apud BALVZ. *tom. II. capitul. p. 961.* Adiiciam adhuc formulam priuilegii monaſterii Atrebatenſis, conceſſi *anno 866.* et relati a BALVZIO *ad Petrum de* MARCA *de C. S. et imp. lib. III. c. 16. in f. Has villas cum mancipiis et omnibus ad ſe pertinentibus in vſus luminariorum matriculariorum et ceteris, quæ in eccleſiis in præfato monaſterio poſitis neceſſaria fuerint, deputauit CVM OMNI CENSV DE OMNIBVS PRECARIIS monaſterii.*

§. XXIX Denique etiam bona *ſub modico cenſu* in alterum transferri poſſunt, interueniente contractu, cuius facere mentionem videtur ALEXANDER III. *in c. 1. X. de reſtit. in integr.* Natura eius in eo conſiſtit, vt pleno iure res in alterius proprietatem transferatur; ne quidem retento *dominio directo*, cenſus tamen annuus in perpetuum reſeruetur in *memoriam priſtini dominii.* De tali contractu pontificem egiſſe, communiter ex illa ratione concludunt, quod, eccleſia læſa et reſtituta, bona ad *ius* et *proprietatem* eius redire dicantur, adeoque præſupponi debeat, eccleſiam læſam antea proprietatem amiſiſſe. Id in primis egit FELICIANVS *de* SOLIS, vt hoc defenderet, et ea occaſione tractatum de *cenſibus* conſcriberet, quam ſententiam etiam tuetur GONZALEZ *ad cit. c. 1.* Ego hic ſub- *Cenſus reſeruatus in memoriam priſtini dominii.*

Digitized by Google

ſubſiſto, cum argumentum, quo vtuntur, etiam applicari poſſit ad *emphyteuſin* in Italia vſitatam, cuius intuitu textus prædictus conſcriptus eſt. *Modicus cenſus* etiam ſoluitur in *emphyteuſi:* emphyteutæ non raro *coloni* dicuntur, quales minus recte dicuntur, in quos *pleno iure* res translata eſt, etſi contra hanc alienationem eccleſia læſa reſtituitur in integrum, recte dicitur fundus in *ius* et *proprietatem* eccleſiæ redire. Quicquid vero huius rei ſit, ſi *plenum dominium*, reſeruato cenſu transfertur, cenſus vt onus reale fundo inhæret, eoque nomine actione *confeſſoria et negatoria* vtili agendum eſt. Ortum inde ſine dubio traxere *cenſus redimibiles*, quos *conſtitutiuos* vocant, ſicuti priores *reſeruatiuos*. FRANZK. *l. 1. reſ. 1. n. 14. ſqq.* BERGER *in œconom. iur. lib. III. tit. 5.* §. *27.* Hi in eo quidem conueniunt, quod in vtroque cenſu ſit inſtar *ſeruitutis*, *dominium* autem *plenum* penes cenſitam maneat, ſed in *fine* eſt differentia. Neque *conſtitutiui* proprie huc pertinent, cum de his cenſibus tantum agam, qui *argumentum iuris alicuius conceſſi* ſunt, qua de cauſſa neque de aliis cenſibus, qui ex fundis, vario contractus genere intercedente, præſtantur, ero ſollicitus, quamuis alias *cenſus* appellatio tam diffuſa ſit, vt quibuſcunque penſionibus et præſtationibus applicetur, de quibus tamen hic minime agitur.

Varia cenſuum argumenta in vnum conferuntur.

§. XXX. Oſtendi, ni fallor, luculenter, cenſus varii iuris argumentum eſſe poſſe. Quodſi enim, quæ dicta ſunt, in vnum confero, palam erit, cenſus ſolui I) in ſignum *protectionis* §. *9. ſqq.* II) *exemtionis plenariæ* a poteſtate et iuriſdictione epiſcoporum, §. *12. ſqq.* III) *ſubiectionis nexusque feudalis* §. *13. ſqq.* IV) factæ *oblationis* bonorum eccleſiis vel monaſteriis §. 19. V) *aduocatiæ* §. *21.* VI) *liberationis* ab aduocatia §. *22.* VII) *pro*

con-

Digitized by Google

conceſſione, vt monaſteria eccleſias parochiales a laicis acquirerent, VIII) pro liberatione eccleſiarum a manibus laicorum, IX) pro renunciatione iuris diœceſani, X) pro vnione, XI) pro liberatione ab exactionibus, XII) in memoriam factæ dedicationis, §. *23.* XIII) pro vario iure a principe conceſſo ſubditis, §. *24.* XIV) pro commercio vini aduſti, XV) pro incolatu, XVI) in ſignum ſeruitutis, §. *25.* XVII) in memoriam fundationis, §. *26.* XVIII) ob vicariatum, §. *27.* XIX) ob conceſſionem precariarum, XX) in memoriam priſtini dominii, §. *29.* Plura ſine dubio addi poſſent, quæ varium cenſuum ſignificatum illuſtrare poſſent; verum hæc ſufficere exiſtimaui.

§. XXXI. Præſtatur cenſus vtplurimum in *frumento* vel *pecunia*. Si in frumento, in ea præſtandus eſt cenſus *menſura*, quæ tempore *conſtitutionis* vel *reſeruationis* vſitata fuit, quippe de qua eo tempore cogitatum fuit. Si de ea menſura non conſtat, (quod contingere tunc in primis poteſt, ſi ab eius præſtatione per diuturna ceſſatum tempora, nec aliunde conſtat, qua menſura anteceſſores cenſum perſoluerint) diſtinguit pontifex in *c. 18. X. de cenſib.* aut eadem et communis eſt terræ menſura, aut diuerſa. (v. c. der groſſe und kleine Scheffel) Priori caſu ſoluendus cenſus in dubio in *communi menſura;* quamuis enim olim alia menſura adeſſe potuerit; ſufficit tamen, quod de ea non conſtet, nec a debitore probari poſſit. Poſteriori vero, qui ſoluere in *minore menſura* volunt, non ſunt cogendi, vt ad maiorem perſoluant. Optimam INNOCENTIVS III. addit rationem: *quoniam cum huiuſmodi vota* (cenſus) *gratuita fuerint ab initio, benignius ſunt a viris eccleſiaſticis exigenda, ne tanquam exactores videantur lucris temporalibus inhiare.* Hæc ratio ex *decoro* et *honeſtate externa*, clericis in primis commendata,

Cenſus in frumento.

Si menſura incerta.

Digitized by Google

data, eſt deſumta: ſupereſt alia, eaque iuris communis: *Quod vbi varius regionis mos eſt, ad id, quod minimum eſt, redigenda ſumma ſit, l. 34. de R. I.* vel vt in *l. 9. eod.* dicitur, *ſemper in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur.* Quæ etiam applicari poteſt ad nobiles aliosque quoſcunque, qui tales cenſus percipiunt.

Cenſus in moneta.

§. XXXII. Si cenſus in *moneta* ſoluitur, eaque poſtea mutata vel extra vſum prorſus poſita fuerit, regulariter reſpiciendum ad bonitatem monetæ, quæ tempore *impoſitionis* et *reſeruationis* promiſſa, vt cenſuit pontifex in *c. 20. et 26. X. de cenſib.* vt in illa *bonitate* moneta, vel ſi ea haberi amplius nequit, *æſtimatio* eius præſtari debeat, niſi præſcriptione XL. annorum (in eccleſiaſticis cenſibus: in aliis ergo XXX. annorum) interueniente in *alia qualitate* pecunia accepta fuerit, quorſum reſpexiſſe videtur pontifex in *c. 20. et non niſi triginta ſex annorum ad plus tempus effluxerit,* quibus indigitat, non fuiſſe præſcriptionem completam. Equidem haud leuis ponderis dubia circa hanc quæſtionem mouit HARTMANNVS PISTOR. *obſ. 144.* aſſeruitque, parum hic referre, vtrum præſcriptio ſit impleta nec ne? cum non tam de *præſcriptione* quam *præſumta remiſſione* agatur, quæ etiam ex vſu paucorum annorum induci poſſit, ita vt qui cenſum in moneta æſtimationis vel valoris minoris acceperit maiorem cenſum remiſiſſe videatur. *arg. l. 13. D. l. 5. C. de vſur.* Enim vero 1) talis præſumtio cedere debet veritati, ſi contraria voluntas, quod maior cenſus haud fuerit remiſſus, doceri poterit, vt ipſe PISTORIS docet *cit. l. n. 41. ſqq.* Quid enim ſi doceat actor, ſe non ſponte recepiſſe, ſe proteſtatum fuiſſe? Quin cum 2) errantis non ſit voluntas nec conſenſus, *l. 15. D. de iuriſdict.* crederem, audiendum actorem eſſe, ſi ero-

Digitized by Google

rorem probare paratus eſt, contra eum, qui in *præſumta remiſſione* ſe fundat ex acceptatione monetæ leuioris valoris: probato enim errore, præſumta remiſſio corruit. Præterea quoque 3) reſpiciendum, an is, cui *præſumta remiſſio* opponitur, remittere pro lubitu potuerit, id quod in eccleſiaſticis cenſibus non eſt integrum regulariter *l. 37. D. de pact.* quale exemplum in *cit. c. 20.* occurrit. Talia autem dubia et obſtacula allegari nequeunt, ſi *præſcriptionis præſidium* cenſitam tuetur, quippe quæ ius irreuocabile ex lapſu temporis conſtituit B. HORN. *claſſ. XI. reſp. 89.*

§. XXXIII. Quodſi *monetæ antiquæ*, iam prorſus extinctæ, valor dubius ſit, rurſus in dubio quod *minus* eſt, accipiendum *cit. l. 9. et 34.* Denique ſi tantum ſimpliciter *quantitas* in cenſum deducta, ſine *expreſſione generis monetæ*, veluti, *duobus thaleris* promiſſis, contigeritque monetæ *bonitatem* mutari, ſiue *intrinſecam* ſiue *extrinſecam*, cenſus in conſueta hodie moneta ſoluendi, licet in hodierna moneta duo thaleri forſan deteriores quam olim tempore *impoſitionis* vel *reſeruationis* fuerint, quia non certa nummorum ſpecies, ſed in genere *quantitas* in cenſum eſt deducta, adeoque huius tantum habenda ratio. *Quid ſi monetæ extinctæ valor dubius fuerit? Quid ſi ſimpliciter quantitas promiſſa?*

§. XXXIV. Quæ difficultates hic moueri et excitari ſolent, vtplurimum inde naſcuntur, quod a diuerſis ad diuerſa argumenta trahant. Videlicet I) huc minime reduci debent deciſiones in *mutuo* et *condictione indebiti* receptæ et approbatæ. In his ſpeciebus obligatio *ex re* naſcitur, et ita ſimpliciter quatenus *res* interuenit, obligatio in futurum conſtituta cenſetur, *l. 17. pr. de pact.* vt non ad præſentem nummorum ſed *antiquum* reſpiciendum ſit ſtatum, qui fuit tempore contractus initi, ſeu *dationis*. CARPZOV. *P. 2. C. 28. def. 5.* Hæc ratio ad *cenſus* et *Difficultates motæ referuntur et reſoluuntur.*

Digitized by Google

alias *annuas præſtationes* promiſſas applicari nequit, in quibus obligatio non ex re *data* et *accepta* ſed *ſolo conſenſu* naſcitur. Hic vero, ſi indefinite *quantitas* promiſſa, ad eam vnice reſpicitur, et ita cenſus quotannis in *moneta* conſueta ſolui debet.

Dubium reſoluitur ex c. 20. X. de cenſib.

II) Omne præſidium vtplurimum quærunt in *cit. c. 20. et 26.* quorum textuum deciſiones tamen non exhauriunt hanc doctrinam, ſed de ſpecialibus loquuntur caſibus, vt optime obſeruat WIESTNERVS *ad tit. X. de cenſib. n. 34.* Videlicet, vt paucis me expediam, in *c. 20. de cenſib.* adfertur ea facti ſpecies, qua certum nummorum genus *denarii Papienſis* debebatur, et loco eius aliud genus, ſcilicet *denarii Luccenſes*, ſoluti. In his mutatio contigerat, qui tamen non debebantur; non item in illis, qui erant in *obligatione*, quæ nondum erat per præſcriptionem ſublata, adeoque reſpondet pontifex, *denarios Papienſes* in poſterum eſſe ſoluendos. Non ergo hic primario quæſtio erat de *mutata* monetæ *bonitate*, ſed de certo nummorum genere præſtando, quod mutationem haud receperat, prout etiam obſeruat GONZALEZ *ad c. 26. X. de cenſib. n. 6.*

Reſoluitur dubium ex c. 26. X. de cenſib.

§. XXXV. Eadem fere deciſio deprehenditur in *c. 26. X. de cenſib.* quæ itidem ſupponit caſum, vbi *certum genus monetæ* in obligatione erat, videlicet, vt cenſus in *moneta Turonenſi* præſtarentur, loco cuius *moneta Pariſienſis* exigebatur, quod reprobauit pontifex in *cit. c.* vt eleganter illuſtrat GONZALEZ *ad cit. tx. n. 7.* Rurſus hic non erat quæſtio de *mutatione monetæ.* Neque enim *moneta Turonenſis*, in qua cenſus promiſſi erant, mutata fuerat; ſed eam reſpuebant canonici, et pretioſiorem ſeu diuerſum monetæ genus petebant.

Temperamentum deciſionis.

§. XXXVI. Diuerſa ab his adductis caſibus eſt ratio, ſi indefinite *quantitas* promiſſa, quæ merito attendenda, qualiſcun-

cunque mutatio monetæ interuenerit, vt creditoris lucro et damno ſit *augmentum* vel *incrementum monetæ;* cum non expreſſo genere monetæ *conſuetus* et *vſitatus* valor in dubio intellectus videatur, niſi forſan enormis læſio in debitorem vel creditorem ex nimia monetæ mutatione redundare videatur, quo caſu, *æquitate* ſuadente, quæ optimum interpretandi fundamentum conſtituit, ad valorem primæuum foret reſpiciendum, tum quia *noua* inſolita eſt, nec diutius perſiſtere ſolet, adeoque de eo caſu paciſcentes haud cogitaſſe videantur: tum etiam quia benignior ſententia in dubio arripienda, quæ a tali læſione abhorret. WIESTNER *ad tit. X. de cenſib. n. 37.*

EXERCITATIO XLI.

AD LIBR. XI. PAND. TIT. VII. et VIII.

DE

IVRE ERIGENDI COEMETERIVM.

CAPVT I.

DE

ORIGINE COEMETERIORVM.

ARGVMENTVM.

§. *I. Neceſſitas ſepulturæ ex recta rationis principiis. II. Modus ſepeliendi arbitrarius. Mores variarum gentium. III. Mores Romanorum. IV. Lex de humandis defunctis mere poſitiua. V. Crematio veteribus Chriſtianis improbata: VI. In quibus locis illorum*

rum ſepul— facta? VII. Loca ſepulturæ extra ciuitatem ex gentium moribus, VIII. ex reſcriptis Hadriani et Antonini. IX. Sepulcra Romanorum in fundis priuatis. X. Sepulcra publica. XI. Cadaueribus religio adſcripta. XII. Veſtigia eius in iure Romano. XIII. Sepulcra in ciuitate nonnullis ex iure ſpeciali indulta, XIV. Chriſtianis non permiſſa. XV. Sepulcra eorum in cryptis. XVI. Studium Chriſtianorum in conſequendis Martyrum corporibus. XVII. Inde mos deinceps inualuit corpora in vrbes transferre. XVIII. Sepulcra intra ciuitatem imperatoribus Chriſtianis et epiſcopis permiſſa. XIX. Sepulcra circa templa a Theodoſio M. interdicta, XX. paullo poſt tamen rurſus in vſum reducta. XXI. Loca publica Sepulturæ deſtinata, eo tempore defuerunt. XXII. Sæculo VI. maior libertas intra templi muros ſepeliendi. XXIII. Vſus ſepulcrorum in porticu, XXIV. inualeſcens ſub Carolo M. XXV. XXVI. Reſtrictus ſepulturæ vſus in eccleſiis ſæc. IX. et X. XXVII. XXVIII. Cœmeteria parochialia quando introducta? XXIX. Extra ciuitatem quomodo erecta ſint?

§. I.

Defunctorum cadauera non ſub dio relinquenda.

Nil adeo inhumanum et ab omni prudentia, ne dicam pietate, alienum foret, quam corpora defunctorum ſub ioue frigido inſepulta relinquere. Neminem ſane fugiet; haud leue viuentibus damnum inde imminere, poſtquam cadauer ſtatim, ac anima e corpore emigrauit, putreſcere incipit. Hæc putredo, non poteſt non per aërem ſe expandere, illum vel corrumpere, vel aliter hominum ſanitati admodum officere. Ex tali corruptione peſtiferi proueniunt odores et morbi, vniuerſæ Reipublicæ inſignem iacturam afferentes. Obligati itaque viuentes et ſuperſtites erunt, vt huic malo, generi humano tam infenſiſſimo, obuiam eant, niſi ſibimet ipſis, aliisque ſanitatem et vitam inui-

uideant. Quo ipſo tamen grauiter contra rectæ rationis regulas peccarent. Ipſum enim ius naturæ et ſui ipſius et aliorum conſeruationem ſuadet, iubet, præcipit, quæ, ſi ſub dio putreſcunt cadauera, inſignem accipit cladem. a)

Sed quomodo cum iis agendum, eſt arbitrarium. Varii populorum mores.

§. II. Certum autem modum ritumque, quo cadauera funeranda, ſana ratio non determinat, ſed arbitrio hominum relinquit. Variat admodum hoc arbitrium ſicut mores, quod circa funera quoque varios mores apud gentes producit. Græci ſuos cremabant. b) Perſæ terræ mandabant. Alia Indis erat conſuetudo, adipe ſuillo ſuos oblinentibus. Scythæ, barbaræ gentes, ſuos deuorabant, Aegyptii autem muris claudebant. c) Et quis cunctos gentium mores enumeraret?

Mores Romanorum.

§. III. Venio ad *Romanos*, decantatiſſimos illos mortalium. Hos antiquiſſimis Reipublicæ temporibus mortuos tantum humaſſe, quidam, ſed contra fidem hiſtoricam, tradunt. d) Florente poſtea Republica ad Antoninorum vſque tempora,

a) Vides itaque, hanc obligationem primario ex reſpectu, ad alios homines habito, prouenire, cum mortuis viuentes non ſint proprie obligati, nec cadauer vllius obligationis aut iuris capax ſit. vid. THOMASIVS *in Iurisſpr. diuin. Lib. III. cap. X. §. VII. ſeq. Quemadmodum enim*, *inquit* B. ZIEGLERVS *in not. ad Grotium p.* 419. *brutorum cadauera ideo terra obruimus, ne ex fœtore aër inficiatur; ita non alia videtur ratio humanæ ſepulturæ, niſi quod benignius de ea, et vt Chriſtianos decet, ſentiamus atque loquamur.* Quod tamen nonnunquam in pœnam cadauera *inhumata* relicta ſint, de quibus agit GVTHERIVS *de iure manium lib. I. c. XI.* magis terror eſt viuentium, quam pœna extinctorum.

b) Sic HOMERVS *Iliad.* 24. *v* 792. Hectoris deſcribens funus, inquit:

Pyræque ſummæ cadauer impoſuerunt, iniiceruntque ignem.

c) Egregium hac de re teſtimonium perhibet LVCIANVS *de luctu* inquiens: *Sepulturæ rationem in varios diuidunt modos: Nam Græcos exurit, Perſa defodit, Indus adipe ſuillo obliuit, Scytha deuorat, muria condit Aegyptus.* conf. IO. PHIL. PFEIFFERI *antiq. Græc. lib. IV. cap.* 49. *ſeqq.* GVTHERIVS *l. c. lib. II. et III.* KIRCHMANNVS *de funer. Roman. lib.* 1. *cap.* 1.

d) PLINIVS *H. N. VII. c.* 54. CICERO

ra, frequentius cremata fuere corpora. Optime equidem calleo, non omnibus hunc honorem fuiſſe exhibitum, honeſtiores enim tantummodo illo fruebantur. Poſt hæc autem crematio iterum abrogata, et humatio rurſus introducta fuit. e)

Res eſt arbitraria.

§. IV. Non multum ſane refert, quonam ex adductis duobus vtamur modo, cum meo iudicio res omnis arbitraria ſit. f) Nulla enim in ſacro codice lex vniuerſalis, de *humandis defunctorum corporibus*, deprehenditur. Quæ in hanc rem alias afferuntur leges, vel ad *cærimoniales*, vel ad *forenſes* ſpectant. Nemo autem mihi imponat, me hac ratione improbare Chriſtianorum mores. Longiſſime hoc a me abſit. Tutiſſime et rectiſſime illi ſuos ſepeliunt. Ex hiſtoria etenim ſacra obſeruant, ab antiquiſſimis mundi temporibus, hominum cadauera, fuiſſe terræ mandata. Præterea pugnat pro ſepultura primæuorum Chriſtianorum conſuetudo, quorum exempla ſequi, pium iuſtumque cenſendum eſt.

Interim tamen non improbanda ſepultura.

§. V. Illi videlicet, neutiquam cremationis ritum approbabant, ſed ſepulturam, veterem illarum et meliorem conſuetudinem, variis de cauſſis ſuadebant. Huc maxime referendus TERTVLLIANVS, ridens cremationem paganorum.

Cremationem veteres Chriſtiani improbabant.

CERO *lib. II. de LL.* Verum iam Numæ temporibus cremationem vſitatam Romanis fuiſſe docet KIRCHMANN. *cit. l. lib.* 1. *c.* 2. lapſumque PLINII notat. Idem obſeruat OVZELIVS *ad Minut. Felic. in Octau. p. m.* 358.

e) VIRGILIVS *Aen. VI. v.* 177.
- - - feſtinant flentes aramque ſepulcri.
Congerere arboribus caloque educere certant.

f) Paullo licentius philoſophatur CAECILIVS apud MINVC. FELIC. *in Octau. p.* 110. non intereſſe cenſens, *vtrum feræ diripant; an maria conſumant: an humus contegat, an flamma ſubducat, cum cadaueribus omnis ſepultura, ſi ſentiant, pœna ſit, ſi non ſentiant, ipſa conficiendi celeritate medicina* conf. SENEC. *de fortuit. et epiſt.* 92. *et lib. VIII. contr.* 4.

rum. g) Teſtatur etiam hac de re MINVTIVS FELIX. h) Plura alia hanc in rem teſtimonia congeſſit PEARSONIVS i) quorſum L. B. remittimus.

Sepeliebant itaque ſuos, vbi id licitum erat.

§. VI. Quæ cum ita ſint, ante omnia videndum eſt, vbinam ſua exſtruxerint ſepulcra primæui Chriſtiani. Vix alia ad illa loca eligere poterant, quam quæ de *iure communi* permiſſa atque conceſſa erant. Vocabant equidem ſuorum ſepulcra Κοιμητήρια, ob *ſpem reſurrectionis;* k) Neutiquam tamen deprehendimus, illos, quoad *locum ſepulturæ*, iure a paganis diuerſo; vſos fuiſſe. l) Immo, ſi penitius rem conſideramus, [alio

g) *de anima cap.* 51. *de reſurr. carn. cap.* 1.

h) *In Octauio p.* 110. ibi: *Inde videlicet et execrantur rogos et damnant ignium ſepulturas* et *pag.* 357. *Nec, vt creditis, vllum damnum ſepulturæ timemus, ſed veterum et meliorem conſuetudinem humandi frequentamus.*

i) *ad ſymb. Apoſt. p.* 397.

k) vid. RIGALTIVS *ad Cyprian. Ep.* 64. Hoc etiam innuit PERERIVS *in cap. L. Gen. v.* 13. inquiens: *Cœmeterium vocabant voce fidei ac pietatis plena, reſurrectionis videlicet ſpem teſtificante, declarantque Dei omnipotentiam, qui tanta facilitate poſſit mortuos ad vitam reuocare, quanta poteſt quilibet noſtrum excitare dormientem.* conf. QVENSTEDIVS *de ſepult. vet. p.* 96. *ſeq.* conſentit HOSPINIANVS *de orig. templor. Lib. III. cap.* 1.

l) h. e. non habuiſſe loca quædam publica, ſeorſim ad ſepulturam cadauerum deſtinata et adornata, qualia ſunt cœmeteria, hodie inter Chriſtianos vſitata. Equidem AVCTOR *antiquit. circa funera et rit. veter. Chriſtian. Lib. IV. c.* 1. in contrariam abit ſententiam. Et quamuis eorum ſententiam explodat, qui iam cœmeteria Chriſtianorum ſeculi I. memorant, ſeculo tamen II. certiora dosumenta, horum cœmeteriorum extare credit. Adfert teſtimonium TERTVLLIANI *ad ſcapul. c. III. ſicut et ſub Hilariano Præſide, cum areis ſepultorum noſtrorum adclamaſſent:* AREA NON SINT: *areæ ipſorum non fuerunt.* Aream hic pro *cœmeterio* ſumi, ait RIGALTIVS *in not. ad cit. l.* quemadmodum PONTIVS DIACONVS quoque refert, *ſepultus eſt in area Candidi Procuratoris.* Sed vel hæc vltima verba indicant, obſeruationem, quem *lit. a*) dedi fundatam eſſe. Erat Romanis vſitatum in *arenariis cryptis* arenarumque fodinis monumenta exſtruere, quæ Romani *cenotaphia* ſeu *monumenta vacua* vocabant. Chriſtiani vero *dormitoria*, ſeu *cœmiteria*, quod Chriſtiani ſe non *mori*, ſed *dormire* ſcirent. Hæc vero per *agros* paſſim ſparſa erant, nec talia *loca communia* et ita adornata erant, vt extra ea ſepultura fieri

Digitized by Google

alio iure ac ipſi pagani vti vix potuere. m) Hoc vnicum diſſuadebant, ne gentilium ſepulcris, Chriſtianorum corpora conderentur. n)

Hac loca fuere extra ciuitatem.

§. VII. Quænam autem loca iure communi ad ſepulcra permiſſa eſſent, LL. XII. Tabb. docent, quæ *extra vrbes* cadauera ſepelire mandarunt. o) Nec ſoli Romani tali conſtitutione vtebantur, ſed præterea plures alii populi. Eadem obſeruabantur apud Græcos, vnde Romani ſuas hauſere leges. Nec ſoli Athenienſes SOLONIS legibus viuentes, extra ciuitatem ſuos humabant. p) Vniuerſa Græcia hoc Reginæ ciuitatum exemplar ſecuta eſt. q) Nec aliter Hebræorum res comparatæ erant. Extra ciuitatem ſua habuere dormitoria, quod ipſæ ſacræ litteræ perhibent. Exhibent enim exempla, Abrahami, Iuuenis Naimitani, Lazari, Ioſephi, r) Siſtunt monumenta extra

ri non poſſet. Integrum cuilibet eo tempore adhuc erat, in ſuum locum inferre. Martyres vero, ſi fieri licebat, eo tempore eiuſmodi *cryptis* inferebant, vt memoriæ eorum quotannis in tali loco celebrare poſſent, de quibus vid. PETR. ZORNIVS de *catacombis ſeu cryptis ſepulcr. martyr. cap. III.* §. 9. conf. EVSEB. *Lib. VII. H. E. c.* 11. *et* 13.

m) Nec illis quidem, quæ de *iure communi* permiſſa erant, quandoque frui poterant. Excluſi erant, vt ſic loquar a iure Reipublicæ eiusque communione, vt extorres, vt exules. Hinc ſi aliquid peculiare præ paganis ſibi arrogauiſſent, maius odium eorum ſibi attraxiſſent. Fallitur itaque TOSTATVS, Chriſtianos iam antiquis temporibus iure diuerſo vſos fuiſſe, innuens. vid. QVENSTED. *l. c. p.* 87.

n) vid. CYPRIAN. *Ep.* 67.

o) Hanc enim LL. XII. Tab. ferebant ſententiam: *Hominem in vrbe ne ſepelito.* PAVLVS *Lib. ſent. tit.* 21. KIRCHMANN. *cit. l. Lib. II. c.* 2. GVTHERIVS *Lib. II. c.* 33. quamuis nonnullis ſpeciatim ſepultura in vrbe conceſſa fuerit, referente GVTHERIO *cit. l. conf. infra* §. 13. *huius Exercit.*

p) Lege enim SOLONIS prohibitum erat, ne intra vrbem cadauera ſepelirentur, CICERO *II. de LL.*

q) Sic Corinthus, alter Græciæ oculus, ſepulcra extra ciuitatem habuit. Prætereo aliarum ciuitatum ſtatuta, de quibus vid. KIRCHMAN. *loc. cit.* PFEIFFER *lib. IV. antiq. Græc. c.* 44. QVENSTED. *cit. l. p.* 86.

r) Vid. CALVOER. *in ritual. eccleſ. Part. I. Lib. II. ſect.* 3. *cap.* 43. §. 3. *p. m.* 989.

extra vrbem Gergeſenorum, vbi ſuum dæmoniacus domicilium habuit. s)

§. VIII. Hæc itaque plerorumque populorum ſtatuta, ſuis poſtea principes reſcriptis confirmabant. D. enim ADRIANVS mulctam aureorum quadraginta fiſco inferendam decreuit, quam non ſolum is ſoluere tenebatur, qui intra vrbis pomœria quempiam humaret, ſed et Magiſtratus, qui id paſſus erat. Voluit præterea ac iuſſit, cadauer iterum exhumari, transferrique. t) Talem etiam Antoninum legem promulgaſſe inquiunt. u) Nec ſua ratione hæ conſtitutiones deſtituebantur. Præterquam enim, quod hoc modo cauebant, ne fœtore corpora viuentium contacta inficerentur; x) ſimul reſpiciebant, ne ſanctum municipiorum ius pollueretur, et ciuitatis ſacra funeſtarentur. y) *Quod etiam principes reſcriptis confirmarunt.*

§. IX. Sic itaque Romano imperio ſubditi extra vrbes ſepulcra exſtruxerunt. Suos hanc in rem fundos eligebant, erigentes ibidem dormitoria peculiaria, plerumque penes vias publicas. Hinc oriebantur ſolemnes Epitaphiorum formulæ: SISTE VIATOR, aliæque ſimiles. Cauſſam, quare ad vias ſepulcra exſtruxerint, non aliam fuiſſe credo, quam vt peregri- *Hinc in propriis fundis ſepeliebant.*

 nanti-

s) *Marc. V.* t) *L. 3. D. §. 5. de ſepulcr. viol.*

u) Teſte IVLIO CAPITOLINO *in vita eius.* Quæ inde ortæ eruditorum diſceptationes, cum ANTONINO *cit. L. 3. D. de ſepulcr. viol.* nonnulli vindicauerint, vid. apud. IAC. GOTHOFREDVM *ad L. 6. C. Theod. de ſepulcr. viol.*

x) ISIDORVS *Lib. XIV. orig. cap. 11.*

y) Quam rationem ſuppeditat *L. 12. C. de relig. et ſumpt. fun* conf. IAC. GOTHOFR. *ad L. cit C. Theod.* Quod autem priuata et domeſtica ſepultura, quæ apud Romanos fuiſſe perhibetur, abrogata fuerit, hanc THOLOSANVS in *Syntagm. Iur. vniu. Lib. 33. cap. 23. n. 8.* ſuppeditat rationem, ne ſcilicet licentia illa ſepeliendi familiares, daret delinquendi et occiſos occultandi rationem. vid. QVENSTED. *l. c. p. 90.*

nantibus merita ſuorum atque ſplendor nominis in oculos incurrerent, z) illique ad conſiderationem miſeriæ humanæ exactiorem quodammodo adducerentur. a)

Habuerunt etiam ſepulcra publica.

§. X. Sed nec deſtituebantur *publicis dormitoriis* Romani. Rurſus autem ea diſtinguebantur. Imperatoribus namque ordinaria erant dormitoria in campo Martio. b) Alii in montibus et ad montes ſepeliebantur, c) Inopes tandem, et vilioris conditionis homines, locum publicum funerationis habebant. Hi loci *puticulorum* nomine veniebant, et non procul ab vrbe, extra portam Eſquilinam erant. d)

Religionem cadaueribus adſcribebant.

§. XI. Singularem præterea opinionem fouebant Romani, docebantque cadaueribus deberi *religionem*. Cum enim eorum animas, qui ex hac vita migrabant, in Deorum poſuerint numerum e) vix aliter iudicare potuerunt. Credebant inſuper, mortuorum cadauera Deorum inferorum curæ atque protectioni ſpeciali eſſe commendata. Hæc autem opinio in craſſiſſimis paganiſmi tenebris et nata et propagata, et ſic vberrime

z) Solebant enim ſepulcris monumenta, eaque nonnunquam pretioſa imponere. vid. GEORG. FABRICIVS *in Roma ſubterr. p.* 202. Diuerſis illa emblematibus titulis et inſcriptionibus decorabant, conditionibusque defunctorum, ſtudia aliaque ſimul indicabant.

a) Vt mortui prætereuntes admonerent, et ſe fuiſſe, et illos eſſe mortales. VARRO *Lib. V. de lingu. Lat.*

b) THOLOSANVS *in ſyntagm. Iur. vniu. Lib.* 33. *cap.* 22. *In campo Martio tantum Reges humari primum conſuetum tradit* APPIANVS *Lib.* I. *de bello ciuil. et* HERODIANVS *in* 4 *vbi de ſepultura Seueri agit.* Vnicus Traianus erat, qui intra vrbem, in foro, ſepultus fuit, teſte EVTROPIO *Lib.* 8. *cap.* 2. §. 17.

c) Sic ISIDORVS *Lib. XV. c.* 12. potentes aut ſub montibus aut in montibus ſepultos fuiſſe, affirmat.

d) VARRO *l. c. Lib. IV.* KIRCHMANN. *cit. l. Lib. II. c.* 24. ZORN *cit. l.* §. 10. An vero *Puticuli*, quibus vilioris conditionis homines ſepeliebantur, fuerint inſtar noſtrorum tumulorum, an *catacombarum* inſtar, determinare nolo, quamuis poſterius aſſerat ZORN *cit. l.*

e) CICERO *II. de LL.* Vnde *Manes* adorabant teſte GVTHERIO *Lib. I, cap.* 18. et templa iis exſtruebant.

Digitized by Google

rime etiam iuriſprudentiam noſtram corrupit. Immo quod mireris, illam hodiernis etiam temporibus propugnauerunt ICti, eruditione alias inſignes, non habita ratione, vnde ortum ſumſerit. Sed non adeo miror, cum tantus erga ius Romanum illos ceperit amor, vt cuncta, quae ibi diſponuntur, hodie adhuc in viridi eſſe obſeruantia, contenderint.

Quae etiam in iure ciuili deprehenditur.

§. XII. Neminem autem fugiet, quod plus vna vice in corpore noſtro iuris ſepulcris *religio* adſcribatur. f) Quis adeo ignarus, vt non ſciat, graues variasque poenas in violatores ſepulcrorum dictas fuiſſe? Etenim in poenam 100. aureorum contra violatorem actionem dabant, g) quae popularis erat. Hinc ſi is ageret, ad quem res pertinebat, nonnunquam maior, minor vero nunquam dictabatur. h) CONSTANTINVS inſuper mulctam XX. librarum auri conſtituit, fiſco applicandam. i) Neutra tamen harum poenarum, poenam abſumebat capitis. k) Vilioribus vltimum ſupplicium, honeſtioribus deportatio ſubeunda erat, ſi nempe extraxerint, abiecerintque cadauera. l) Obtinebat pariter vltimum ſupplicium, ſi quis armata manu ſpoliaſſet cadauera. Alias poena erat arbitraria. m) Immo quia loca *religioſa* ex opinione gentilium, quandam *deuotionem* habebant, poena *ſacrilegii* ſimul inualuit. n)

Habuerunt Romani et in ciuitate ſepulcra.

§. XIII. Sed redeundum in viam. Dictum fuit o) infra ciuitatum pomoeria nemini licuiſſe ſuos ſepelire, idque maxime ex LL. XII. Tabb. auctoritate. Nihilominus tamen latis

Mm mm mm 2 XII.

f) Qua de re *Tit. D. de relig. et ſumpt. fun. de relig. et mort. inf. Tit. C. de relig. et ſumpt. fun.* videndi erunt.

g) *L. 3 pr. D. de ſepulcr. viol.* h) *L. 3. D. §. 8. et L. 10. C. cit. Tit.* i) *L. 3. et 4. C. de ſepulcr. viol.* k) *L. 4. C. cit.* l) *L. vlt. D. de ſepulcr. viol.* m) *L. 3. §. 7. D. et L. vlt. tit. cit.* n) *L. 5. C. cit. tit.* o) ſupra ſcilicet §. 7.

XII. Tabb. LL. nonnullos intra vrbium mœnia ſepultos fuiſſe deprehendimus. Virtutis cauſſa hoc illos conſecutos fuiſſe CICERO p) exiſtimat, vtpote quæ legibus eos ſoluiſſet. Innuit etiam hoc ALEXANDER ab ALEXANDRO q) inquiens: *Cineres eius qui triumphaſſet, aut Imperatoris, qui hoſtes bello domuiſſet, vel armis rempublicam auxiſſet, in vrbem ferre licebat, quibus hoc honoris cauſſa, vt in foro conderentur, tributum eſt.* Sic etiam virgines Veſtales quæ LL. non tenebantur, in vrbe ſepulcra habuerunt. r)

Quod tamen non ad Chriſtianos extendendum.

§. XIV. Facile autem quilibet animaduertet, hoc priuilegium Chriſtianis minime conceſſum fuiſſe. Tantum enim abeſt, vt tum intra vrbes voluerint potuerintue ſepelire Chriſtiani, vt ne Chriſtianis quidem videri licuerit. s) Non permiſſa ipſis fuerunt extra ciuitates dormitoria publica, quamdiu ſub perſecutionis iugo gemuerunt. Coacti erant occultare ſuos, quantum poſſibile erat. Licet enim CHRYSOSTOMVS t) innuat: *omnem ciuitatem, omne caſtellum ante ingreſſum habere ſepulcra, ante Portas, ante agros eſſe ſepulcra, vt contendens intra-*

p) *II. de LL. Quid* inquit, *qui poſt XII. in vrbe ſepulti ſunt? M. claros viros, credo, Tite, fuiſſe aut eos, quibus hoc ante legem virtutis cauſſa tributum eſt, vt Publicolæ, vt Tuberto quod eorum poſteri tenuerant, aut eos, ſi qui hoc vt C. Fabricius, virtutis cauſſa, ſoluti legibus, conſecuti ſunt.* Inde tot templa quoque in vrbe manibus Heroum exſtructa, prout PRVDENTIVS *lib. I. contra Symmach.* cecinit:

Et tot templa Deum Roma, quot in vrbe ſepulcra,
Heroum numerare licet: quos fabula manes.
Nobilitat, noſter populus veneratus aderat.

q) *Lib. III. Gen. dier. cap. 2.* quod *Lib. VI. c.* 14. iterum repetiit.

r) vid. SERVIVS *ad Lib. XI. Æneid.* conf. QVENSTED. *l. c. p.* 94 add. KIRCHMANN. *de funer. Rom. lib. II cap* 26.

s) Verba ſunt IACOBI GOTHOFREDI *ad cit. L.* 6. *C. Theod. de ſepulcr. viol.* t) *Serm. de fide et lege.*

trare ciuitatem, quæ imperaret et floreret diuitiis et potentatu, aliisque dignitatibus, prinſquam videat quod ſecum concipiet, videat primum quod fiet, hæc tamen ad ſequiora tempora trahenda ſunt.

§. XV. Extra ciuitatem itaque ſuos, vt iam monuimus, ſepeliebant Chriſtiani, ideoque videamus, quibuſnam in locis? Clam cuncta expedienda erant, hac de cauſſa quandoque cryptas, more Romano, occulte effodiebant, ſed ſat ſpatioſas. Martyres potiſſimum in iis ſepeliebant, vt ibi memorias eorum celebrare et conuenire poſſent. u) Tali modo porro hæ cryptæ præparatæ erant, vt huic inſtituto optime inſeruirent. x) Hinc perſecutionis tempore nonnunquam ibidem conueniebant, ſacrorum adminiſtrandorum cauſſa y) et vt paucis me expediam, totum cultum diuinum peragebant. z) Huc confugiebant, his cryptis ſe abſcondebant, ſi vndequaque illis pagani inſidiarentur. a)

Sed extra ciuitatem ſuos ſepeliebant.

 §. XVI.

u) Probant hoc eccleſiæ Smirnenſis fideles, narrantes paſſionem Polycarpi, apud EVSEBIVM *Lib. IV. H. E. c.* 15. vbi hæc ſubiungunt: *Atque ita nos demum oſſa illius gemmis pretioſiſſimis cariora, et quouis auro puriora colligentes, vti decebat, condidimus. Quo etiam in loco, ſi fieri poterit, conuenientibus concedet Deus natalem eius martyrii diem cum hilaritate et gaudio celebrare, tum in memoriam eorum, qui glorioſo certamine perfuncti ſunt, tum ad poſteros huiuſmodi exemplo erudiendos et confirmandos.*

x) Huc adhuc ſuo tempore collineat HIERONYMVS *in Ezech. cap.* 4. *Dum eſſem Romæ puer et liberalibus ſtudiis erudirer, ſolebam cum ceteris einſdem ætatis et propoſiti diebus dominicis ſepulcra Apoſtolorum et martyrum circumire, crebroque cryptas ingredi, quæ in terrarum profunda defoſſa, ex vtroque parte ingredientium per parietes habent corpora ſepultorum* conf. ZORN. *cit. l.*

y) Sic GALIENVS Auguſtus edicto ſpeciali Chriſtianis cœmeteria ſua reſtituit, vt ad ſacra ſua coire poſſent. EVSEB. *l. c. lib VI. c.* 13.

z) Multis hoc probat ONVPHRIVS *de cœmeter. cap. XI.* conf. THEODORET. *lib. II. cap.* 14.

a) AMBROSIVS *Tom. II. Annal. ad Anno* 130. *Cœmeteriorum vſus non modo inſeruiebat humandis defunctorum*

StudiumChriſtianorum in conſequendis Martyrum corporibus.

§. XVI. Quantam autem Chriſtiani adhibuerint operam, vt corpora Martyrum, cineres vel oſſa conſequerentur, modo audiuimus. b) Hinc ſæpe non ſine periculo amittendæ vitæ, martyrum reliquias collegerunt. Sæpius perſecutores, vt corpora hæc inhumata iacerent, mandabant, eamque in rem cuſtodes apponebant, quo ipſo a propoſito ſuo deterrebantur. Sed nihilominus omnem nauabant operam, quo compotes voti ſui fierent. Nonnunquam offerebant pretia, ſed non raro fruſtra. Docet hoc epiſtola eccleſiæ Gallicanæ, c) quæ inter alia hæc habet; *Nos in magno eramus mærore conſtituti, quod non liceret nobis corpora ſanctorum martyrum ſepulturæ tradere. Neque enim nox ad eam rem quicquam nobis conferebat, neque data pecunia cuſtodibus perſuadebat, neque eos ſupplicatio flectebat, ſed reliquias ſanctorum perinde cuſtodiebant, ac ſi magnum inde emolumentum conſequerentur, ſi non ſepelirentur.*

Quod pace eccleſiæ reddita anſam præbuit corpora eorum in vrbes transferre.

§. XVII. Hic vero amor Martyrum erga exuuias, hic inquam mos adeundi illorum ſepulcra, atque natalem Martyrii celebrandi, occaſionem præbuit, pace eccleſiæ reddita, corpora

rum corporibus, ex quo et nomen eſt inditum, ſed et perſecutionis tempore ad latebras Chriſtianorum conf. EVSEB. *l. c. Lib. VII. c.* 9. *Lib. IX. c.* 2. Hoc quoque addo, quia *Roma ſubterranea* maxime Chriſtianorum receptaculum erat, hinc etiam contingere potuiſſe, vt in his locis ſubterraneis, ſuos nonnunquam, neceſſitate ſuadente, ſepeliuerint.

b) *vid. not. a)* §. *praced.* conf. MARC. VELSERVS *in comment. in paſſ. S. Afra.*

c) Extat illa apud EVSEBIVM *H. E. Lib. IV. c.* 1. Quod autem pagani tanta diligentia cuſtodierint martyrum exuuias, nec vllam particulam Chriſtianis concedere voluerint, maxime effecit perſuaſio vana, ac ſi diuinum honorem eiuſmodi reliquiis exhiberent. Audiamus AMMIANVM MARCELLINVM *Lib. XXII.* vbi de Chriſtianis quibuſdam igne crematis agens, ſubiungit: *Cineres proiecit in mare, id metuens, vt clamabat, ne collectis ſupremis, ſedes illis exſtrueretur.* Teſtantur præterea hac de re Apologiæ veterum doctorum vid. CYRILLI ALEXANDR. *Lib. VI. adu. Iulian.*

pora eorum intra mœnia ciuitatum transferendi. Immo vt ipſis templis inferrentur, anſa fuit. d) Fortaſſe ipſa templa, inde ortum ſuum traxerunt. e) Inde dicta fuere templa Apoſtolorum et Martyrum ſedes. f) Nam ſicut conſueuerant Chriſtiani in ſepulcris martyrum, durante perſecutione, conuenire; ita illa ſopita, et tranquillitate reſtaurata, corpora eorum templis inferenda, ibique ſub ipſo altari, ſepulcra extruenda eſſe, cenſuerunt.

Inde ſepulcra intra ciuitatem nonnunquam conſtituta.

§. XVIII. Inde paullatim a Legibus antiquis, ſepulturam intra ciuitatem prohibentibus, nonnihil receſſum fuit. Deſideratum quippe a nonnullis fuit, vt penes martyrum corpora ſepelirentur. Ipſi Imperatores id primitus anhelarunt. CONSTANTINVS nempe M. et deſiderauerat in eccleſia ſepeliri, et voti compos factus eſt. g) Hunc ſecuti ſunt Epiſcopi, ſingulari ſcilicet priuilegio fruentes. Par enim erat, vt illi, qui dignitate imperatoribus quodammodo pares, paribus etiam iuribus vterentur. Hæc enim vnica erat ratio, licet nullius ſit momenti. h)

Priuati etiam penes martyres ſepeliri volebant.

§. XIX. Ex præiudicio itaque vrbanam ſepulturam, in, vel circa templa factam, eſſe digniorem ea, quæ extra ciuitatem

d) vid. Dn. PRAESES *in origin. præcip. mater. Iur. eccleſ. cap.* 22. §. 3. Generatim moneo, me quoad ea, quæ *hiſtoriam cæmeteriorum* concernunt, perpetuo fere, huius Excellent. Viri veſtigiis inſtitiſſe.

e) vid. IACOB. GOTHOFR. *l. c.* Gentilium enim templa a ſepulcris orta fuiſſe cenſuit HOSPINIANVS *l. c. Lib.* I. *cap.* 5. f) *L. cit. C. Theod.*

g) In veſtibulo eccleſiæ Apoſtolorum ſepultum fuiſſe CONSTANTINVM pluribus teſtimoniis euicit IAC. GOTHOFR. *l. c.* Facti itaque fuerunt Reges piſcatorum Oſtiarii. vid. CHRYSOST. *hom.* 26. *in V. ad Conrinth.*

h) Adhibet eam SOZOMENVS *H. E. Lib. II. cap. vlt.* vbi relata ſepultura CONSTANTINI, hoc addit: *Ab eo tanquam rei eius auctore, conſuetudine ducta, Imperatores Conſtantinopoli obeuntes ſepeliuntur atque Epiſcopi, quippe cum ſacerdotalis, imperii dignitati par ſit, immo vero in locis ſacris, primas partes obtinent.*

tem fit, intra mœnia ſepeliri cupiebant. Martyrum enim, Regumque ac Epiſcoporum exemplis incitabantur, vt penes illos ſepulcra deſiderarent. Huic deſiderio, nil niſi pietas imaginaria, vana et abſona, nec non ambitio, non adeo ſana, calcar addit. i) Sed huic malo et prauæ conſuetudini obuiam ire, illamque abolere et ius priſtinum iterum reſtituere voluit THEODOSIVS M. k) omnem humationem intra mœnia vrbis interdicens.

Quod Theodoſius abrogauit.

Sed non diu durauit.

§. XX. Salubri autem effectu hæc Theodoſiana conſtitutio deſtituebatur. Hoc quidem effecit, vt priuati ab electione ſepulcrorum penes Martyres excluſi fuerint; ſed omnem *vrbanam* et *eccleſiaſticam* ſepulturam, non abrogauit. Superſtitio enim vanumque deſiderium minime fuit ſublatum, cum Epiſcoporum exemplis eximiora in dies ſumſerit incrementa. Cum enim his ſemel indultum fuerat, vt in templis conderentur, reliqui Clerici, et temporis tractu etiam Laici digniores, hoc priuilegio participes facti. l) Monachis ſcilicet Laicis, poſt hæc tempora ſepultura in templis quandoque conceſſa, et tandem alii laici, ſanctitate vitæ, virtutibusque non adeo corruſcantes, clero tamen magnopere fauentes, ad hunc honorem admiſſi fuerunt. Tandem Sæculo VI. vbique fere moris erat, ſepulturam in eccleſiis eligere. Adſpirabant ad eam maxime honoratiores, ditioresque, et ſummam non contemnendam aliquando offerebant. m) Hinc Bracarenſe concilium I. hanc con-

i) Vt olim VALERIVS ille: *Nullo credidi loco oſſa noſtra poſſe melius acquieſcere, quam prope templum Aeſculapii. Itaque ex teſtamento ad x. pedes a templo volo condier.* vid. IAC. GOTHOFR. *l. c.*

k) Promulgata lege *Ao.* circiter 383. vid. *L.* 6. *C. Theod. de ſepulcr. viol.*

l) THOMASSINVS *de diſciplin. eccleſ. P. III. lib.* 1. *cap.* 65. §. 7. *in fin.*

m) Ambitione plurimos ductos fuiſ-

ſe

conſuetudinem rurſus abolendam eſſe cenſuit. n) Permiſit tamen iuxta murum Baſilicæ ſepulcra fieri. Ius autem antiquum non prorſus fuiſſe abrogatum, eiuſdem concilii canones docent. o)

An loca publica, ſepulturæ ordinarie deſtinata, tum adſueſrint?

§. XXI. Interim facile liquet, nulla tum temporis adfuiſſe loca publica, ſeorſim exſtructa et hunc in finem adornata, vt ibi defunctorum corpora conderentur. Ius potius antiquum apud pleroſque in viridi obſeruantia erat. Secundum illud autem, vt iam monuimus, vnicuique integrum fuit, vbicunque illi viſum, mortuum inferre, modo in proprio fundo et extra ciuitatem fieret. Hinc coniicio, pleroſque adhuc ſecundum maiorum conſuetudinem penes vias dormitoria exſtruxiſſe. Hoc quidem certum eſt, ea loca, vbi plura abſcondita erant cadauera, *cæmeteriorum* nomine veniſſe, ſed tantum ex *electione priuata*. p) Paucos enim tunc intra templi muros ſepultos fuiſſe, ſuadet auctoritas GREGORII TVRONENSIS, qui luculentum de ſacerdote in crypta ſepulto, locum exhibet, q) cum

ſe credo, maximam tamen partem ſuperſtitione. Forte etiam gentilium fouebant opinionem, ac ſi dæmones circa ſepulcra vagarent, corporaque defunctorum vexarent. Obicem igitur ponere voluere inſidiis diaboli, quippe qui ſecundum eorum mentem, loca ſacra, qualia eccleſiæ ſunt, fugere creditur. Accurate quidem demonſtrare nequeo, iam tam craſſe philoſophatos fuiſſe Chriſtianos; interim non omni veriſimilitudine hæc coniectura deſtituitur. Multæ enim opiniones e paganiſmo in Chriſtianam translatæ fuerunt religionem.

n) Celebratum fuit hoc concilium *An.* 563. *et can.* 36. ſanciuit: *item placuit, vt corpora defunctorum, nullo modo intra Baſilicam ſanctorum ſepeliantur, ſed ſi neceſſe eſt, de foris circa murum Baſilicæ det.*

o) Mox enim ſubiunxit. *Nam ſi firmiſſimum hoc priuilegium vſque nunc retinent Galliæ ciuitates, vt nullo modo intra ambitum murorum cuiuslibet defuncti corpus ſit humandum; quanto magis hoc venerabilium martyrum debet reuerentia obtinere.* p) TERTULL. *de anima cap.* 51.

q) *L. I. cap.* 44. *Ipſe*, inquit, *ſacerdos cum coniuge et filia in crypta cantabennenſi, iuxta aggerem publicum, eſt ſepultus.*

tamen ii præ aliis ſepultura in templis dignati fuerint. Hoc quidem lubens fateor, aliam fuiſſe Regum rationem, vtpote qui fere omnes, in eccleſiis condebantur. r)

Seculo VI. ad finem vergente, maior libertas, intra templi muros ſepeliendi, irrepſit.

§. XXII. Rerum autem monumenta clare docent, quod circa finem Sæculi VI. in ſepeliendis intra templi muros, maior ac antea libertas introducta fuerit. Irrepſit illa maxime in Italia, aliisque locis. Faciliores reddebantur in ea permittenda clerici, cum diuites pretia lauta et ampla pro concedenda ſepultura offerrent, quæ aliter vix permittebatur. GREGORIVS quidem M. hunc morem improbabat, s) ſed ſtatim ſubiungebat; *ſi quando aliquem in eccleſia veſtra ſepeliri conceditis, ſiquidem parentes ipſius, proximi vel heredes, pro luminaribus ſponte quid offerre voluerint, accipere non vetamus.* t) Nil aliud igitur voluit GREGORIVS noſter, quam ne aliquid pro ſepultura, etiam ea, quæ in eccleſiis fieret, exigerent. u) Tantum enim abeſt, vt ſepulturam in templis factam improbaſſet, quin potius eam commendaret. Bene enim factum putauit, ſi in templis ſepelirentur mortui, vt inde proximis agnatis eorum atque cognatis, calcar adderetur, eo ardentius pro defunctis orare. x) Sed nihilominus, non indiſtincte quilibet ad hanc ſe-

r) Docet hoc de CHLODOVAEO et pluribus Regibus DVBOIS in *Hiſt. eccleſ. Pariſienſ. Lib. II. cap.* 2. §. 3. 4.

s) *Lib. VII. epiſt.* 4. ſe aſſenſum præbere non poſſe ait, vt loca humani corporis pretio acquirerentur. Prouocat ad exemplum Sichemitarum, qui quamuis gentiles, nihilominus gratam Abrahamo ſepulturam obtuliſſent, et inde argumentatur, multo magis Epiſcopos, gratis fidelium corporibus, ſepulcra concedere debere. Repetiit etiam hæc *Epiſt.* 55. *cit. lib. vid. c.* 12. *C.* 1. *q.* 2. t) *vid. cit. Ep.* 55. *Lib VII.*

u) Fortaſſe Simoniam ſapere credidit, ſi aliquid ideo exigeretur, cum notum, quantum alias Simoniæ criminis ſpecies auxerit: vid. diſp. mea, ſub præſidio Excell. Dn. PRAESIDIS *de innol. Simon, detect. Ao.* 1715. *habita.*

x) *Lib.* 4. *Dial. c.* 50. quam GREGO-

ſepulturam admiſſus deprehenditur. Impetrandum omnino erat hoc priuilegium ab Epiſcopis. Hi autem in conceſſione non adeo difficiles fuiſſe videntur. Neceſſario inde ſequebatur, leges antea latas, vigorem ſuum magnopere amiſiſſe.

§. XXIII. Fiebant igitur templa cadauerum receptacula, cum ipſi ſuperiores hoc approbarent. Hoc autem praeiudicium, ſepulturam intra eccleſiam factam, multo digniorem eſſe alia, aliud etiam peperit abſurdum. Vbi enim templa cadaueribus adeo eſſent repleta, vt vix vllus amplius ibi ſepeliri poſſit, prope murum Baſilicae ſepulcra optabant. Non difficile id erat impetratu, cum concilium Bracarenſe y) hoc ipſum permiſerat. Hinc factum, vt paſſim in vrbibus circa eccleſiam, in porticu, ſepulcra exſtruerentur, atriaque templorum, *cœmeteria* fierent.

Hinc templa cadaueribus repleta.

Hinc iuxta muros templorum ſepeliebant.

§. XXIV. Haec libertas ſaeculo etiam VI. et VII. permanſit, licet ſepultura in eccleſia facta et conciliis et aliis conſtitutionibus rurſus paſſim prohibita fuerit. Huc etiam referendus CAROLVS M. expreſſe iubens; *ne vllus deinceps in eccleſia mortuum ſepeliat.* z) Sepultura autem in *atriis templorum*, non interdicta fuit. In cuiuſcunque ergo voluntate poſitum erat, an *in atriis templorum*, an *proprio in fundo* ſuos humare vellet. Neceſſitas nemini impoſita erat, cœmeterium Baſilicae in locum ſepulturae eligere. Lex antiqua, de non ſepeliendis intra mœnia cadaueribus, in totum haud abrogata erat. Saeculo VIII. idem ius adhuc in vſu fuit, vt tamen gratis permitteretur ſepultura in atriis eccleſiae. a)

Quod etiam poſtea permanſit.

Nnnnnn 2 §. XXV.

GORII ſententiam GRATIANVS *c.* 17. C. 13. *q.* 2. retulit.

y) *vid. ſupra* §. 20.

z) *Lib. I. capitul.* conf. GRETSERVS *de fun. Chriſt. Lib.* 2. *c.* 8.

a) *In Chron. Verdun.* HVGONIS Abb. Fla-

Sec. IX. ſepultura in eccleſiis prohibita, ſed non omnis.

§. XXV. Sæculo IX. concilium Moguntinenſe I. b) pari modo ſepulturam in eccleſiis interdixit; ſed non in totum. Epiſcopos enim, Abbates, dignos presbyteros et fideles Laicos, ab hac prohibitione exemtos voluit. c) Sed ne ſic quidem iura antiqua plane ceſſarunt. LEO philoſophus, eodem ſæculo prorſus ius antiquum ſuſtulit, ſingulisque libertatem indulſit, pro lubitu ſepulcra eligendi, ſiue intra, ſiue extra ciuitatem ea ſita eſſent. d) Sed hac libertate neutiquam mos ſepeliendi in propriis fundis ademtus, cum expreſſe potius permiſerit LEO ſepulturas extra ciuitates. Ibi autem nullus alius locus hos in vſus aderat, quam proprii cuiuſcunque agri et terra.

Etiam Sec. X.

§. XXVI. Sæculo X. iura antea lata, de non ſepeliendis in templis cadaueribus, iterum in nonnullis fuere renouata. Factum hoc in concilio Nannetenſi, his verbis: *Prohibendum etiam ſecundum maiorum inſtituta, vt in eccleſia nullatenus ſepeliantur, ſed in atrio, aut in porticu, aut extra eccleſiam. Infra eccleſiam vero, aut prope altare, vbi corpus domini et ſanguis conficitur, nullatenus habeat licentiam ſepeliendi.* e) Quis non exinde perſpiciet, vſu iam approbatum fuiſſe, vt *atria templorum* eſſent *cœmeteria communia*, vbi regulariter, et ordinarie cadauera ſepelienda eſſent. Hæc neutiquam miror. Concilium

Flauiniani apud PHILIPP. LABBEVM *tom. I. biblioth. MSC. Libr. p.* 110. *circa A.* 670. hæc habentur: *quidam Sarcio nomine ad extrema veniens et in atrio præfatæ eccleſiæ ſepeliri deposcens, teſtamento facto, ipſam eccleſiam de rebus ſuis, quas poſſidebat in pago - - - heredem inſtituit.*

b) Celebratum id fuit *Ao.* 813. iuſſu CAROLI M. Moguntiæ, in clauſtro Baſilicæ S. Albani, V. Idus Iunii.

c) Retulit hunc canonem GRATIANVS *c.* 18. *C.* 13. *q.* 2.

d) per *Nov.* 23. vbi ait: *Quicunque autem ſiue extra muros, ſiue intra ciuitatem ſepelire mortuos velit, perficiendæ voluntatis facultatem habeto.*

e) Extant hæc verba in *c.* 3. concilii.

um enim Triburienſe f) iam diſpoſuit, qua in eccleſia quiſque ſepeliendus ſit. g)

§. XXVII. Exinde conſtat, quod iam tum cœmeteria ordinaria, penes Baſilicas, monaſteria, aliaque templa ſita fuerint. Sepulturæ autem adhuc eo tempore gratuitæ erant, h) adeoque non neceſſario in Parochiali eccleſia, ſepeliendus erat mortuus. Quid enim intererat Parochi? Aſt vbi lucrum ex humationibus capere inciperent, aliam plane faciem res induerunt. Omnem ab hoc tempore parochi mouere lapidem, vt in ſuis Parochiis cœmeteria erigerentur. Hinc variis poſtmodum canonibus cautum, quemlibet in *cœmeterio* Parochiali ſepeliri debere, et nemini poſtea integrum fuit, mortuum alibi vel in loco priuato terræ mandare.

Cœmeteria vbi tunc fuerint?

§. XXVIII. Erectis igitur in qualicunque Parochia circa templa cœmeteriis, non ſolum libertas ſepeliendi in propriis fundis ademta, i) ſed et infames credebantur ii, quibus cœmeterium denegatum fuit.

In qualibet Parochia.

§. XXIX. Denique inde facile coniectura aſſequi poſſumus, qua occaſione cœmeteria, h. e. *loca publica*, vnice ad ſepelien- dum

Quomodo extra ciuitatem erecta fuerint.

f) Quod *Ao.* 895. celebratum fuit.

g) Placet decretum huius concilii, quod *can.* 15 publicauit etiam huc adſcribere: *Reſtat propter inſtantem, quæ tunc maxima occurrit, neceſſitatem, vbicunque facultas rerum et opportunitas temporis ſuppetiat, ſepulturam morientium apud eccleſiam, vbi Epiſcopus eſt, celebrari. Si autem hoc propter itineris longinquitatem aut adiacentem alicuius importunitatis difficultatem impoſſibile videatur, exſpectet eum terra ſepultura ſua, quo Canonicorum aut Monachorum, ſiue ſanctimonialium congregatio ſancta communiter degat, vt eorum orationibus iudici ſuo commendatus occurrat, et remiſſionem delictorum, quam meritis non obtinet, illorum interceſſionibus percipiat. Quodſi et hoc ineptum et difficile æſtimetur, vbi decimas perſoluebat viuus, ſepeliatur mortuus. conf. c.* 6. *C.* 13. *q.* 2.

h) Quod canones *cit. concilii Triburienſis* teſtantur. i) *c. præcipiendum C.* 13. *q.* 2.

dum cadauera deſtinata, extra vrbes fuerunt conſtituta et erecta. Leges permiſerunt, vt paullo ante vidimus, ſepulturam eligere vel in vrbe, vel extra vrbem. Cum vero circuitus vrbis, omnium cadauerum ſepulturam capere non poſſet, et tamen iam moris eſſet, vt *circa eccleſiam* oſſa conderentur; capellas quaſdam exſtruxere extra vrbis pomœria, et vel in iis, vel circa eas cadauera terræ mandarunt, circuitu quodam circa capellas facto, quem muro plerumque includebant. Hoc facto nemo amplius in propriis fundis ſepeliri voluit, omnes in tali circuitu ſepulturam eligebant, et ex hac conſuetudine priſtinus mos tandem exaruit.

CAPVT II.

DE IVRE ERIGENDI COEMETERIVM.

ARGVMENTVM.

§. *I. Religio Chriſtianorum ſepulcris ex benedictione epiſcopali adſcripta. II. III. An ritus benedicendi adeo antiquus ſit, vt perhibetur? IV. Cœmeterii exſtructio iure Can. epiſcopis adſcribitur. V. In ſenſu iuris Can. apud nos non ſunt res religioſæ: VI. ſunt res Vniuerſitatis. VII. Vnde doctrinæ de eorum pollutione et reconciliatione ceſſant. VIII. Erectio cœmeterii inter noſtrates non recte iuris epiſcopalis eſſe dicitur. IX. In Saxonia vindicata eſt conſiſtorio. X. Ex iure territoriali principi competit. XI. Quatenus in genere competat magiſtratui Politico? XII. vel eccleſiæ adminiſtratoribus? XIII. XIV. vel magiſtratui oppidano? XV. Cur conſiſtoriis non indiſtincte vindicanda? XVI. Quatenus patrono competat? XVII. Erectio eius ita facienda, ne aliorum iura lædantur. XVIII. Quando lis de eius erectione ad conſiſtorii cognitionem ſpectet? XIX. An nobilibus liceat priuata erigere dormitoria? XX. Quid liceat Proteſtantibus ſubditis ſub Catholico principe?*

Digitized by Google

cipe? XXI. Quid Catholicis ſub principe proteſtantium? XXII. An confirmatio principis in erectis cœmeteriis neceſſaria ſit? XXIII. An hæc ius aſyli tribuat? XXIV. Iura bonorum eccleſiaſticorum tribuit. XXV. De loco ad cœmeteria eligendo. XXVI. Templa ad ſepulturam non vſurpanda. XXVII. Subditi cogi poſſunt ad vendendos fundos in vſum cœmeterii. XXVIII. Vnde ſumtus eo nomine quærendi? XXIX. Cui iuriſdictio in cœmeterio competat?

§. I.

Religio ſepulcri Chriſtianorum cœmeteriis adſcripta.

Poſtquam ſecundum ea, quæ *cap. antec.* dicta ſunt, *cœmeteria publica* conſtituta ſunt, creuit ſuperſtitio et religio erga illa, vt fere iuris Romani traditio, *de religioſis locis*, reuiuixiſſe videretur. Ineſſe credebatur locis, quibus conditum erat cadauer, ſumma religio, ſed hanc quilibet ſua voluntate, priuata auctoritate, loco conciliabat. k) Aſt cœmeteriis non aliter *qualitas religioſa* conciliatur, quam facto Epiſcopi, ritu benedictionis accedente, l) quem iuribus ordinis accenſent. m) Hoc tamen limitant, vt ſimplex etiam ſacerdos, ex delegatione Epiſcopi, hunc actum perficere poſſit. n)

Ob benedictionem Epiſcopalem.

§. II.

k) *per §. 9. I. de rer. diu.* neque enim inter gentiles Pontificum ritus et ſacra hic deſiderabantur.

l) Ideo quod cœmeteria olim etiam ſacris dicata, nec ab eccleſiis diſtincta fuerint. PASSERINVS *de pollut. eccleſ. diſp. 2. cap. 46. n. 41.* Inde ſine Epiſcopi auctoritate illa conſtitui non poſſe, cenſent, cum eius benedictionem deſiderent, IDEM *cit. l. n. 3.* et ſic fiant *religioſa*, ad exemplum religioſarum domuum, quæ auctoritate Epiſcopi conſtructa ſunt. *cap. 4. X. de relig. dom.* Sed hæc tamen ſupereſt differentia, quod hoſpitalia etiam ſine Epiſcopi auctoritate exſtrui poſſint, quamuis, immunitate eccleſiaſtica ita careant, non item cœmeteria. Fortius forſan argumentum trahi poteſt ex *c. 5. X. de immun. eccleſ. cœmet.* vbi eccleſiæ et cœmeteria æquiparantur.

m) LINCK *de iure Epiſc. c. 9. n. 68.* BARBOSA *de poteſt. et offic. Epiſc. P. 2. alleg. 27. n. 29.* vbi aſſerit, idem omnino de conſecratione cœmeterii tenendum, quod de conſecratione eccleſiæ dici ſolet, vnde etiam eodem modo pollui poteſt, quo eccleſiæ, et ſic quoque reconciliatione Epiſcopi indiget PASSERINVS *cit. l. n. 5.*

n) Ita cenſent PASSERINVS *cit. l.*

diſp.

Ritus benedicendi cœmet. antiquiſſimus perhibetur.

§. II. Ritum hunc benedictionis eſſe antiquiſſimum, vulgo perhibent. o) Quin immo rerum monumenta oſtendunt, magnam venerationem maiores geſſiſſe erga ſepulcra, p) etiam nondum exſtructis publicis cœmeteriis. Maxime id fiebat, ſi ſanctorum vel martyrum corpora in illis condita eſſe, ſibi aliisque perſuadebant. q)

Quod falſum eſt.

§. III. Interim qualiſcunque demum religio ſepulcris tribuebatur vel affingebatur, adhuc tamen quilibet locus ad ſepulturam extra vrbem permittebatur, nec ſingularis eius conſecratio, vt nec apud Romanos, deſiderabatur. r) Immo et quando

diſp. 2. c. 3. n. 5. et ANDR. DV SAVSSAY *in Panoplia ſacerd. P. 2. lib. 2. art. 22. p.* 607. aiens: *nec enim iſtæ benedictiones v. c. crucis, imaginis, campanæ, primi lapidis, nouæ eccleſiæ, cœmeterii, tabernaculi, vaſculi pro eucharíſtia et exorciſmi dæmonum, locuſtarum, ita ſunt Epiſcopo propria, vt non niſi ab ipſo fieri poſſint aut debeant.* Quodſi autem eccleſia contigua polluta, ab ipſo Epiſcopo reconciliatio cœmeterii facienda, docente BARBOSA *in Iur. Eccl. Lib. II. cap.* 9. *n.* 12.

o) ANDR. DV SAVSSAY *cit. tr. P. 2. lib. 2. art.* 24. §. 2 id euincere conatur ex crucis ſigni impoſitione, quem morem vſitatiſſimum fuiſſe perhibet. Verum ſolemnem benedictionem a ſacerdote olim ſepulcris quibuſcunque impertitam fuiſſe, haud probat, id quod eſt, de quo quæritur. Sicuti enim adhuc liberum fuit, in quemcunque locum inferre extra vrbem, ita locus, vbi cadauer ſepeliebatur, non poterat antea benedictione ſolemni ſemper conſecrari.

p) Adhuc in C. tit. *de ſepulcr. viol.* Imperatores Chriſtiani, magnam dederunt curam, ne ſepulcris vlla inferretur iniuria. AVCTOR *antiq. circa fun. et rit. vet. Chriſt. lib. V.* pluribus de hac veneratione agit, et notanter *lib. IV. cap. vlt. in fin.* addit, *religionem veterum Chriſtianorum erga ſepulcra tantum fuiſſe, vt non dubitet aſſerere, illam in ſuperſtitionem tandem degeneraſſe, adeoque ſuperſtitionem potius, quam religionem erga ſepulcra dicendam eſſe.*

q) Plenius de veneratione erga huiuſmodi ſepulcra agit auctor prælaudatus *Lib. V.* Atque non tantum hæc ratio, quod horum corpora eccleſiis inferri ſolerent; ſed etiam quod eccleſiæ conſecrata loca eſſent, incendebant potiſſimum ſuperſtitioſos, vt ſepulturam vel in eccleſiis eligerent, vel in atrio eius; vt benedicto et conſecrato in loco oſſa eorum conquieſcerent; qualis deficiebat in agris, ad ſepulturam alias adhibendis.

r) Colligi id ipſum poteſt ex iis, quæ dixi ad §. anteced.

do in vrbe in atrio eccleſiæ, vel ipſa eccleſia ſepeliebantur cadauera, non ſpecialis benedictio loco accedebat, quippe qui iam conſecratus aliunde erat. s) Cœmeteriis autem publicis exſtructis, ex hominum captu ſuperſtitioſo, ritus benedicendi accedere debuit. t)

Iure canonico cœmeteriorum exſtructio Epiſcopis adſcribenda.

§. IV. Sic itaque ſecundum iuris Pontificii et Canoniſtarum tradita, res eſt expedita, cuinam ius erigendi cœmeteria, eaque dilatandi, immo cura vniuerſa circa ea competat. Epiſcopis cuncta hæc, vt dixi, vindicant, cum loca ſint religioſa, quæ qualitas auctoritate Epiſcopi demum rebus impertitur. Hinc illorum conſtitutio aquæ benedictæ aſperſionem requirit. u) Ex quo per ſe fluit, auctoritatem Epiſcoporum erectionis cœmeteriorum eſſe baſin ac fundamentum, et in tota hac materia vtramque facere paginam.

In ſenſu iuris Can. apud nos non ſunt res religioſæ.

§. V. Cum autem noſtrates benedictione Pontificia non vtantur, quæ cærimonia mere ſuperſtitioſa eſt, eadem de imaginaria religionis qualitate quoque dicenda erunt. Oſtendimus iam, vnde hæc opinio ortum duxerit, x) quam reprobamus,

s) Per ipſam eccleſiæ conſecrationem, propter quam eiuſmodi ſepulturam deſiderabant.

t) Ideo enim ſepulcra in *atriis eccleſiæ* deſiderarunt ſuperſtitioſi, vt ſanctitate loci oſſa fruerentur. Huic ſuperſtitioni ſe accommodarunt Epiſcopi, et vbique talia atria circa templum exſtruxerunt, vt omnia cadauera, huius putatiuæ ſanctitatis fierent participes. Hoc euidens argumentum præbet, loca extra vrbem ſepulturæ deſtinata, benedictione caruiſſe, quia alioquin laici ſepulturas in eccleſiarum atriis non adeo deſideraſſent.

u) *c. conſuluiſti 7. X. de conſecr. eccleſ.* adeoque ſacra et religioſa ſepulcra MANZIVS *diſſertation. de rer. diu.* §. 9. *n.* 14. appellat. Præter adductas rationes autem vel ideo cœmeteria conſecrant, ne cadauera ſpiritibus vexarentur immundis vid. ZIEGLER *ad Lancel. Inſt. Iur. Can. tit. de ſepul.* §. 1. quæ opinio e paganiſmo ortum ducit, ex quo forſan etiam formula conſueta: Gott verleihe dem Cörper in der Erden eine ſanfte Ruhe, in noſtris eccleſiis retenta fuit.

x) *Cap. ſcilicet* 1. §. XI.

mus, ſiue gentilium ſcita inſpiciamus, ſiue ſuperſtitionem maiorum, ſanctitate loci ſe munire geſtientium, conſideremus, adeoque cœmeteria religioſis rebus accenſeri non debent. Fuerunt adhuc alii, y) qui rebus ſacris illa annumerarunt. Nihil autem ſacri in ſepulturis, adeoque etiam in cœmeteriis reſidet. Aſt cum plerumque penes templa ſint, aliquid ſacri inde participare videntur, ſi ſecundum communem hypotheſin loqui velimus. z)

Sed res vniuerſitatis.

§. VI. Quodſi itaque accurate pondero qualitatem eorum, rebus accenſenda ſunt vniuerſitatis, a) regulariterque omnibus vniuerſitatis membris æquale in illis ius b) competit, niſi ſe ipſos indignos illo reddiderint. Nulla enim in illorum conſtitutione adhibentur cærimoniæ. Locus ad ſepulturam deſtinatus ſeparatur tantum muris ſeptiſue, ne cuiuis, beſtiis maxime,

y) Huc pertinet SCHILTERVS *Exerc. ad ff.* 4. §. 7. magis cœmeteria iure ſacro Chriſtianorum ad res ſacras quam religioſas referendas eſſe, cenſens.

z) Vt enim ſacra res proprie fiat, ante omnia deſideratur deſtinatio et applicatio ad vſus diuinos, quod de cœmeteriis dici nequit, niſi ſepulturam inter *vſus pios* referre malis, quæ tamen *cultum diuinum* per ſe non conſtituit. Equidem in cœmeterio, dum corpus terræ mandatur, liturgia quædam adhibetur, ſed nec hæc per ſe locum facit religioſum aut ſacrum, cum primario cœmeterium non ad *liturgiam* celebrandam deſtinatum et erectum ſit.

a) Ex varia hac Dd. ſententia multæ profluxere concluſiones, maxime vero illæ diſputationes, quinam intra cœmeteriorum mœnia non ſepeliendi eſſent? Quia enim locus quadam ſanctitate munitus videtur, hanc impiorum illatione pollui cenſuerunt. Hac autem de materia D. V. pluribus peculiari Tract. *de iure cœmeter. et ſepulcr. in illis*, agam.

b) Singulis quippe vniuerſitatibus, quacunque in religione viuant, datum eſt, vt poſſint locum communem ſuis ſepulcris deſtinare. Certe *rebus nullius* in ſenſu iuris Romani, aut *diuini iuris*, illa accenſere amplius non poſſumus: multo minus rebus *benedictis*, quia apud nos benedictione per aquam luſtralem non inaugurantur, ſed ad vſum *vniuerſitatis* alicuius conſtituuntur. Sunt enim *res vniuerſitatis*, quæ ſunt in patrimonio vniuerſitatis, vt tamen vſus, ad quem res deſtinata, ad ſingulos ſpectet.

Digiti

xime, et inter illas porcis aditus liber pateat. c) Hinc in ordinationibus pleriſque eccleſiaſticis principes hoc conſtituerunt, d) magiſtratui ſpecialiter nonnunquam mandantes, vt eius rei curam habeat. e) Munda ea manere voluerunt, cum eſſent dormitoria Chriſtianorum, non brutorum exſtinctorum receptacula.

§. VII. Reiecta igitur atque reprobata eorum benedictione, multæ Canoniſtarum tricæ atque paradoxa per ſe corruunt. Recenſuit nonnulla B. STRYKIVS f) et plura iis addi poſſent, ſi inſtituti ratio permitteret, aut vllus apud nos eorum vſus eſſet. Vt nonnulla ſaltem, quæ vir laudatus recenſuit, huc transſcribam, inter alia docent: toties cœmeterium denuo eſſe conſecrandum, quoties ſtupro, vel alio delicto pollutum fuerit. g) Opus ſecundum illos eſt aquæ benedictæ aſperſione, ſi forte fortune excommunicatus aut infidelis in cœmeterium illatus fuerit.

Hinc multis caremus canoniſtarum tricis.

Qooooo 2

c) Vnde iam in ſynodo Colonienſi ſub Rudolpho I. Imperatore celebrato, diſpoſitum *cap.* 11. *vt cœmeteria clauſa et munita cuſtodiantur, ne a porcis vel aliis animalibus oſſa mortuorum comedantur.*

d) *Conf. ordin. Eccleſ. Elect. Saxon. art. gen.* 15. *et decret. Synod. de Ao.* 1624. apud. CARPZOVIVM *in iuriſpr. conſiſt. lib.* 11. *def.* 385.

e) *Vid. ordin. conſiſt. March. Tit.* 14. §. *penult. ſeq.* apud. B. BRVNNEMANNVM *in iur. eccleſ. Lib.* 1. *cap.* 6. *membr.* 12. §. 20. Immo olim per Franconiam et Sueuiam, in vicis maxime et pagis adeo munita erant cœmeteria, vt propugnaculorum inſtar eſſent, vbi inquilini ob hoſtium incurſiones ſe reciperent et tuerentur. vid. KNICHEN. *de territ. Iure cap.* 4. *n.* 465. *ſeq.*

f) In notis ad B. BRVNNEM. *Ius Eccleſ. Lib. II. cap. II.* §. 12 E Pontificiis ex profeſſo de hac materia agit PASSERINVS *cit. tract. diſp.* 2. *cap.* 46. *ſeqq.* quamuis etiam nonnulli inter Pontificios, rectiori iudicio inſtructos, hanc ſententiam reiecerint, a PASSERINO *cit. cap.* 46. *n.* 4. relati, quos tamen communis eorum praxis refutat.

g) Non amplius igitur ſacrum erit, ſed conſecratio antea facta penitus exſpirauit. Hinc iteranda, cum multum referat in terra conſecrata ſepeliri. conf. WAHREMVND AB EHRENBERG *meditam. pro fœder. Lib. II. n.* 113.

fuerit. h) Totum cœmeterium violatum cenſent; ſi vnica eius, eaque vel minima pars, violata fuerit, i) et quæ huius rei ſunt plura alia.

Reliquiæ benedictionis cœmeteriorum Pontificiæ.

§. VIII. Quamuis autem noſtrates benedictionem cœmeteriorum reiecerint, et ideo multæ profluentes inde doctrinæ, nullius apud nos deberent eſſe momenti; non potuit tamen fieri, quin aliquot illarum remanſerint. k) Huc ſpectat opinio, eorum erectionem iuris eſſe Epiſcopalis, l) adeoque conſiſtoriis ſeu iudiciis eccleſiaſticis, perſonam Epiſcopi repræſentantibus, eorum exſtructionem vnice vindicandam eſſe, preterea etiam curam, et omnia hanc rem concernentia. Profitetur hanc doctrinam CARPZOVIVS, m) quæ tamen, vt plurimæ huius ICti, ex principiis profluit Pontificiorum, et genuino deſtituitur fundamento.

Quas in terris Electoratus Saxonici ordinat. eccleſ. conſeruarunt.

§. IX. In terris quidem Iuris Saxonici, aut potius in Electoratu Saxoniæ, res eſt expedita, vniuerſas cauſſas circa cœmeterium, ad forum ſpectare eccleſiaſticum. Ordinatio enim eccleſiaſtica n) expreſſe illud conſiſtoriis vindicauit. Seducti fuerunt principiis iuris Canonici, ſecundum quod vel pars

h) *c. 7. X. de conſecr. Eccleſ.* i) DVRANDVS *in ration. diuin. offic. Lib. I. cap. 6. n. 9.* k) *vid.* §. 1. *h. t. not. b)*

l) Inter Pontificios iuri Epiſcopali erectionem hanc accenſeri ſupra dixi, ſed vnice propter benedictionem, quam vel ipſe, vel per alium facit. Hoc primarium huius doctrinæ fundamentum eſt, quod noſtrates non ſemper ponderant.

m) *loc. cit. n. 1. Non modo*, inquit, *de ipſa ſepultura, ſed etiam de huius loco diſponere, ac prouidere, Magiſtratui incumbit Eccleſiaſtico, ſeu conſiſtoriis* conf. B. BRVNNEM. *cit. l. Lib. 1. cap. 6. membr. ult. §. ult.* Si ICtus prælaudatus vnice de cœmeteriis templo contiguis diſpoſuiſſet et ediſſeruiſſet, maiorem veri ſpeciem eius doctrina habuiſſet, quod ita *iure acceſſionis* cenſeri poſſent, qua de re mox pluribus. Verum vt contextus docet, indiſtincte de omnibus loquitur cœmeteriis. n) *Art. gen.* 5. von Todten-Begräbniſſen. conf. CARPZOV. *cit. l. Lib. 1. def.* 10.

Digitized by Google

pars ſunt eccleſiæ, inter Presbyteros vna cum illis diuiſæ o) vel benedictione præuia conſtituuntur. Sed inania hæc ſunt. Quid enim eccleſiæ cum mortuis? Saniora ſequamur principia, hanc aſſertionem Pontificiam merito in dubium vocantes.

Noſtra opinio, de cura cœmeteriorum Epiſcopali.

§. X. Hoc facile largior, de vniuerſa ſepulturæ materia, ſicuti de quibuſcunque aliis actibus, bonum Reipublicæ ſpectantibus, Principes noſtros diſponere poſſe, ſed id dum faciunt, non quatenus perſonam repræſentant Epiſcopi; ſed *iure territoriali* expediunt. Concedo porro, Principes *conſiſtoriis* ſuis nonnulla, quæ ſepulturam concernunt, vindicare poſſe, ſed de hoc quæſtio non eſt. Res enim huc redit: quid in dubio præſumendum, ſi nulla deprehenditur principis ſanctio? An conſiſtoria quæſtiones circa omnium cœmeteriorum erectionem ortas, ſibi priuatiue, et ſuo quaſi iure adſcribere poſſint? Mihi non videtur. Quare enim ad eccleſiaſtica iudicia ſpectaret id, quod olim, etiam inter Chriſtianos, per tot ſæcula, cuique priuato integrum erat? Antequam enim cœmeteria publica eſſent conſtituta, quilibet in eo loco mortuum humare potuit, vbi illi viſum fuerat, dummodo proprius eſſet fundus, aut ſi alienus, conſentiente domino id fieret. p) Conſtitutis autem ad ſepulturam peculiaribus locis, in vſum vniuerſitatum, pagorum aliorumque corporum, ſingulis ex *vniuerſitate* membris ius quoddam in illa competit. q)

Competit illa magiſtratui

§. XI. Cum autem hoc modo, ſi prorſus priuato auſu quæ-

o) *c. eccleſias C.* 13. *q.* 1. p) *Per* §. 9. *I. de rer. div.*

q) Ex hoc etiam fluit, quod gratis ſit concedendus locus ſepulturæ, cum impenſis vniuerſitatum regulariter erigantur et conſeruentur cœmeteria. Innuunt hoc ipſum iura noſtra, plurimique textus hic allegari poſſent, niſi id iam feciſſet ICtus egregius, GVIL. HIER. BRVCKNERVS *in diſp. peculiari de ſepult. grat. conced.* §. 19. *ſeqq.*

politico et Patrono.

quælibet cœmeteria erigerentur, maxime in illis corporibus, quibus certus ordo præeſt; ſi præterea ſinguli iudicium ferrent, et nullus adeſſet, qui rem, ſi lites orirentur, decideret, diſſenſui atque rixis nunquam obex poneretur; ipſa ſana ratio dictitat, quod certis perſonis in eiuſmodi vniuerſitate cura primaria ſit adſcribenda. Hi autem meo iudicio ſunt magiſtratus politicus, et ſuo modo etiam eccleſiarum patroni, quantum erectionem concernit. r)

Nonnunquam administratoribus eccleſiæ.

§. XII. Quandoque etiam eccleſiæ ſunt prorſus liberæ, nulli iuri Patronatus ſubiectæ, ſed iura circa electionem, curam templi, aliaque huc pertinentia, ſalua illibataque habent, quæ vel maioris partis ſuffragio expediunt, vel per hos, qui totam vniuerſitatem repræſentant, exercent. Hoc caſu ſine dubio toti cœtui, vel his, qui eam repræſentant, s) cura cœmeterii competit, t) nec impediri poſſunt, quo minus antiquum cœmeterium dilatent, et partem loci vicini ei adiiciant. Quæ enim eſt ratio erectionis cœmeterii noui, eadem quoque eſt dilatationis. u)

§. XIII.

r) Quodſi enim ſepulturam *in ſe* conſideres, nil in ea occurrit, quod cultus diuini ſpeciem præ ſe ferat. Liturgici ritus vnice ad accidentalia ſpectant, quæ tuto abeſſe poſſunt. Nec præciſe in cœmeterio, ſed alibi in *eccleſia*, alibi etiam in ædibus, vnde funus effertur, expediuntur, immo nec quæuis *deuotio* ſtatim loco indit nouam qualitatem. Recte itaque indicauit FINCKELTHAVSIVS *de Iure Patron. cap.* 6. *n.* 149. ad patronum eccleſiæ et magiſtratum politicum vniuerſum ius circa ſepulturam pertinere.

s) Simplices bonorum eccleſiaſticorum adminiſtratores non intelligo, qui mandati limites excedere nequeant, qui tantum, quando ab vniuerſitate decreta eſt dilatatio cœmeterii, operis exſtruendi curam habent.

t) Ex communi conſenſu interpretum, cœmeteria talia ſunt acceſſoria templorum, et ſic quoque eius iura ſequuntur. Sicuti ergo eccleſiæ vel cœtui ius reficiendi et dilatandi templum competit, ita quoque ei cura cœmeterii non eſt deneganda.

u) Re vera enim dilatatio eſt ſpecies cuiuſdam erectionis particularis cœmeterii.

Digitized by Google

Magiſtratui oppidano.

§. XIII. In ciuitatibus, primario ius erigendi cœmeterium adſcribimus magiſtratui oppidano, cui *cura Politiæ* externæ, et huius vniuerſitatis ciuilis adminiſtratio eſt concredita, cuius pars quoque eſt erectio ſeu adornatio loci publici, in quo cadauera ſepelienda. Fac igitur, oppidanum magiſtratum ideo, quod cœmeterium antiquum nimis cadaueribus ſit oppletum, vt vix vlteriori corporum curæ inſeruire queat, de noui cœmeterii exſtructione cogitare. Loci ſitus dilatationem non permittit, adeoque exſtructio noui cœmeterii neceſſaria eſt. Adhibet in conſilium membra ciuitatis et vniuerſitatis primaria x) decernitque, non procul ab antiquo cœmeterio, nouum eſſe erigendum. Agrum publicum huic vſui deſtinant, muribus illum cingunt, et in dormitorium publicum adaptant. An non tale quid ſuo iure, abſque conſiſtorii præſcitu, facere poterit? Non vereor, illud aſſerere. Hoc enim nouum cœmeterium non prope eccleſiam ſitum eſt, nec pro illius acceſſorio haberi poteſt, adeoque non video, qua ex cauſſa conſiſtorium ius contradicendi vſurpare poſſit. y) Res ſunt cœmeteria, vt modo innuimus, vniuerſitatis, ad *Politiam* ciuitatis ſimul ſpectant, et ſic a ciuitate erigi poſſunt. Quodſi exemplis certare vellemus, plurima ſiſtere poſſemus, vbi Magiſtratus oppidanus hoc ſibi ius vindicauerit, atque exercuerit.

Maxime ſi cœmeteria non ſint acceſſoria templi.

§. XIV. Simul inde apparet, quod illa, quæ de exſtruendo nouo cœmeterio diximus, multo magis obtineant, ſi de am-

x) Dicuntur illa quibuſdam in locis die Viertels-Meiſter, repræſentantque vniuerſitatem. Quodſi itaque res aliqua agitur, quæ conſenſum ciuitatis deſiderat, in conſilium aduocantur, et cum iis negotium ciuitatis peragitur.

y) In cœmeteria enim, quæ prope templa in vrbibus deprehenduntur, ex vſu et obſeruantia, conſiſtoria ius acquiſiuerunt. Plerumque enim templa illorum iuriſdictioni ſubiacent; et ſi cœmeteria iuxta illa ſita ſunt, pro acceſſoriis eorum habentur.

Digitized by Google

Sed nec dum denegandum, ſi Magiſtratus eſt Patronus eccleſiæ.

ampliando antiquo agitur, quatenus ſeparatim iacet, nec pro acceſſorio templi haberi poteſt. Quodſi vero Magiſtratus oppidanus ſimul ſit Patronus eccleſiæ, cuius acceſſorium eſt cœmeterium, tunc ſibi etiam iure exſtructionem et dilatationem cœmeterii adſcribere poterit. Ius enim quoddam in ipſum templum et adiacens atrium ſeu cœmeterium illi competit, vt nemo ſine eius permiſſu vtplurimum in templo ſepeliri queat. z) Immo imperato a principe *iure exſtruendi templum*, ſimul ius erigendi cœmeterium impetraſſe cenſetur, quamuis vel ex poſt facto, et longo temporis interuallo illud conſtituat, aut ſi iam erectum ſit, aliquid illi adiiciat, vel etiam detrahat.

Quare conſiſtoriis non indiſtincte cura cœmeteriorum, et alia vindicanda.

§. XV. Si enim conſiſtoriis indiſtincte erectionem et dilatationem cœmeteriorum vindicare vellemus, ſequeretur, nullum locum, a quocunque id etiam fiat, ad dormitorium publicum adornari poſſe. Iam autem conſtat, quod Iudæi, vbi tolerantur, cœmeteria ſua proprio iure erigant, nec opus habeant conſenſum conſiſtorii ad id expetere. Rationem nullam aliam video, quam quod ſit res vniuerſitatis. a) Nonne locus, quo tempore belli, clade aliqua facta, mortui ſepeliuntur, cœme-

z) Hoc etiam largiri videtur CARPZOVIUS *cit. loc. Lib. II. def.* 190. vt tamen non ex iure perfecto, ſed ſaltem honorifico, conceſſio a Patrono petatur. Hinc vero ſequitur, Patronum conſentire debere, nihilque ipſi relictum eſſe, quam gloria parendi. Innuit hoc ipſum BARBOSA *cit. l. cap.* 10. *n.* 9. euidenter affirmans, Patronum impedire non poſſe, quominus quis in eccleſia ſepeliatur. Id vero rurſus fluit ex iure Pontificio, quo ius Patronatus valde imminutum eſt. Sane hic loci ſenatus habet ius Patronatus in templum gymnaſii, in quo qui ſepeliri geſtit, a Patrono id ante impetrare debet. Hoc etiam in Marchia iuris eſt, vbi Patronis adhuc plus iuris conceſſum.

a) Id ſi tali communitati conceditur, cur illis vniuerſitatibus hoc denegamus, quæ Chriſtianam profitentur religionem. Certe ſic magiſtratus noſtri et eccleſiarum Patroni, ſi cum vniuerſitatis conſenſu, cœmeteria vel erigere, vel dilatare nequirent, deterioris conditionis ac Iudæi forent, quod nimis iniquum eſſet.

meterii inſtar eſt, licet nullis cingatur muris vel ſepſis? b) Dum autem auctoritate Præfecti belli mortui ſepeliuntur, locus conflictus ad id deſtinatur. Non opus ſane de caſu eſt conſenſu iudicii eccleſiaſtici. c) Quid dicendum ſi morbi contagioſi et peſtis alicubi graſſetur? Loca enim tunc peculiaria quandoque conſtituuntur, in quibus cadauera humantur. Vtrum eorum erectio ad conſiſtorium pertinet? Certe Magiſtratus oppidanus illa eligit, cum hoc ipſum ad Politiæ et regiminis ciuitenſis rationem ſpectet, quod etiam experientia, optima rerum magiſtra, teſtatur.

Porro Patroni eccleſiarum ruralium ſibi curam cœmeter. vindicare, et noua exſtruere poſſunt.

§. XVI. Pergo iam ſpeciatim ad Patronos eccleſiarum ruri ſitarum. His itidem ius exerigendi cœmeteria competere, ſupra dixi, et rationibus, quamuis incidenter, euici. Fac itaque ruſticos in pago, quem inhabitant, nullo gaudere templo proprio, nec cœmeterio, ſed obſtrictos eſſe, mortuos ad vicinæ Parochiæ cœmeterium deferre. Subiecti tamen ſunt Patrono vicinæ eccleſiæ, adeoque inter ſe conueniunt, in ſuo pago locum certum, qui ſepulturæ in poſterum inſeruiat, deſtinare, Patronus et iuriſdictionis dominus conſentiunt, quæritur, an auctoritate conſiſtorii inſuper opus ſit? Mihi non videtur, cum ſuo iure Patronus cœmeterium, in vſum huius communitatis, erigere valeat, ipſique hoc in erectione templi conceſſum ſit.

 Con-

b) Hoc enim ad eſſentiam cœmeteriorum non requiritur, ſed ſaltem ad bene eſſe. Habuerunt nempe primæui Chriſtiani ſua cœmeteria, licet non ab aliis locis fuerint ſeparata, et ita adornata, vti hodierna noſtra dormitoria.

c) Nec hic applicari poterit tritum illud: Inter arma ſilent leges, talem enim præſupponimus caſum, vbi hoſtes in territorio Principis fuere trucidati, et ab eius militibus ſepeliuntur. Hi namque omnino tenentur, leges a Principe promulgatas obſeruare. Quodſi et hæc ratio non omnes arrideat, ſciant, me tantummodo hoc exemplum protuliſſe, vt inde videant, locum publicum ſepulturæ, non in cunctis caſibus a conſiſtoriis determinari.

Conſiſtoriis hoc ſaltem relictum, vt admoneant ſui officii, vel etiam ſub pœna quandoque adigant Patronos, ſi negligentes ſint in cura cœmeteriorum, quatenus neceſſitas dilatationem, vel conſtitutionem noui ſuadeat. d)

Sed in praeiudicium alterius haec erectio vergere non debet.

§. XVII. Caueat tamen Patronus, ne noua talis cœmeterii conſtitutio in præiudicium vergat aliorum. Nullum autem aliud hoc in caſu facile occurret, quam quod rationem habeat emolumentorum, quæ miniſtro eccleſiæ, cuius Parochiani ſunt, ob funerationem cedunt. Lucra enim, quæ paſtores noſtri e ſepulturis capiunt, ad eorum ſuſtentationem iſtis fuere aſſignata. Neminem autem fugiet, ſalaria illorum quandoque adeo exigua eſſe, vt vix tantum inde percipiant, quantum ad victum et amictum neceſſe ſit. Hinc ſportulæ funerales, Parocho, vbi antea ſepultura peracta fuit, integræ ſoluendæ, pariter ac ſi adhuc ibi humatio fieret. e)

Quae tamen per indirectum ad conſiſtorium nonnunquam defertur.

§. XVIII. Facile tamen contingit, vt hæc res, de erigendo nouo cœmeterio, ad conſiſtorium *per indirectum* deferatur, et ibi deciſionem capiat. Sequenti modo hoc fieri poterit, ſi miniſter eccleſiæ, ad cuius Parochiam ſepultura pertinet, contradiceret, nolletque permittere, vt communitas hæc proprium haberet cœmeterium, ob ius prohibendi, quod ſibi ex iure Parochiali aſſereret. Equidem vix fundatam haberet intentionem, ſi eius reditibus nihil decedit; f) interim, cum Patro-

d) Hoc modo etiam CARPZOVIVM et BRVNNEMANNVM, B. STRYKIVS *cit. l.* ſecum conciliare cogitat. Nil aliud enim illos per curam cœmeteriorum Epiſcopis adſcriptam intellexiſſe autumat, quod ſuo relinquimus loco.

e) Huc etiam trahi poteſt diſpoſitio Iuris, de quarta Canonica, eccleſiæ debita, ſi alibi defunctus ſepeliatur. vid. B. STRYKIVS *cit. l.* §. 12.

f) Plerique enim Paſtorum ita ſunt comparati, vt ne minimam innouationem ſufferre velint, niſi ſimul pretium

Patrono nulla regulariter iuris dicendi poteſtas in paſtores competat, conſiſtorii erit hanc litem dirimere, quod non tam de *iure erigendi cœmeterium*, quam de exceptionibus Paſtoris g) cognitionem inſtituere debet, niſi forſan communi ducatur præiudicio, exſtructionem cœmeterii iuribus annumerari Epiſcopalibus. h)

An nobilibus liceat priuata erigere dormitoria, iuxta ſua caſtra?

§. XIX. Haud alio ex præiudicio quoque promanauit opinio, Nobilibus, licet ius Patronatus habeant, nullo modo licere, dormitoria iuxta ſuas conſtruere ædes. i) Calculum tamen meum, huic ſententiæ addere ſimpliciter nequeo, quatenus Nobilis eſt Patronus Eccleſiæ, cuius vtitur ſacris. Hoc enim caſu integrum illi eſt, cœmeterium publicum ſuadende neceſſitate vel ampliare, vel nouum exſtruere, ſibique in ipſa Eccleſia, quæ alias non debebat eſſe cadauerum receptaculum, ſepulcrum, et quidem in loco honeſtiori, iuxta altare exſtruere, ſuæque familiæ in perpetuum applicare. k) Quo poſito, cogitando aſſequi minime poſſum rationem, ob quam pro ſe, et iis, qui de familia illius ſunt, priuatum in caſtro ſuo dormitorium conſtituere non poſſit, maxime ſi ibi, vbi degit, nullum reperitur templum. Forſan vel ideo nobilibus hoc denegent, quia

um laboris augeatur. Hic autem opera Parocho non multiplicatur, cum alias obſtrictus erat, ad vicinum pagum ire, et cadauer ad parochialem eccleſiam comitari.

g) Duæ enim hic diſtinguendæ veniunt quæſtiones. Prima, quid liceat Patrono in ſtatu pacato, ſi conſentiat ſponte Parochus? ſecunda, quid liceat in ſtatu contradicto, ſi renuat? vid. STRYKIVS *cit. l.*

h) Nullum hic Patrono aliud relictum remedium, quam vt Principem, aut territorii Dominum ipſum adeat, et vt iura eius tueatur ſupplicet, de qua aditione mox plura dicam.

i) Caſum talem exhibet B. STRYKIVS *in not. ad B.* BRVNNEM *Ius Eccleſ. lib. II. cap.* 2. §. 2. quem etiam *in vſ. Mod. Pand.* repetiit.

k) Vid. ESPEN. *P. II. Iur. Eccleſ. tit.* 25. *c.* 7. §. 29. *et tit.* 38. *cap.* 2. §. 46. FINCKELTHAVS *de Iure Patron. c.* 6. *n.* 114.

quia cœmeteria acceſſoria eſſe debent templorum. l) Aſt vero ita nouum procuderent errorem, ipſaque experientia illos refutaret, cum plura reperiantur cœmeteria, a templis remota.

Quid Proteſtantibus ſub catholicis in erigendis cœmeteriis licitum?

§. XX. Grauior forſan diſpectio eſt, quid liceat proteſtantibus ſub catholico Principe vel Epiſcopo viuentibus, et vtrum ſe accomodare debeant ad principia eius? Facile liquet, doctrinam hactenus deiectam magis Proteſtantibus officere, quam prodeſſe, maxime in caſu adducto. Ita enim proteſtantes, ſub catholicorum Principum poteſtate degentes, ſine conſenſu Epiſcopi illius Diœceſeos, nullum cœmeterium nouum conſtituere poſſent, ſi iuris Epiſcopalis conſtitutio cœmeterii eſſet, quo ipſo ſibi ipſis, priuilegia in Inſtr. Pac. conceſſa amputarent. Diſtinguendum videlicet, vtrum Proteſtantes Ao. 1624. iuriſdictionem Epiſcoporum catholicorum agnouerint nec ne? Priori caſu, ſaltem conceſſionem exſtruendi cœmeterii impetrare debent, ſine vlla benedictione, quam ſecundum confeſſionem noſtram reprobamus, m) ſi forſan catholici Proteſtantes ſubditos in ſuis recipere cœmeteriis recuſant, quod alias denegare illis non poſſunt, ſi Proteſtantes iuri ſuo inſiſtere velint. n) Poſteriori vero, ſi Auguſtanæ confeſſioni addicti, in catholicis terris Ao. 1624. exercitium religionis cum templis habuere, ſuo iure cœmeteria antiqua ampliare, et noua iuxta ea, pro re nata, erigere valent. o)

§. XXI.

l) Sic enim ſcio, quod nonnulli Nobiles, imperata a Principe facultate exſtruendi iuxta ſuas ædes oratorium ſeu templum, ſimul ibi dormitoria et ſepulcra hereditaria, nemine contradicente erexerint.

m) Id clare prouiſum *in I. P. art. V.* §. 48. ſimul tamen ad eos caſus reſtrictum, qui Auguſtanam confeſſionem nullatenus concernunt.

n) *Per I. P. art. V.* §. 35. ibi: *multo minus publicis cœmeteriis, honoreue ſepulturæ arceantur.*

o) Per *Inſtr. Pac.* enim *art.* 5. §. 31.

§. XXI. Eadem etiam de ſubditis Catholicis Principum Proteſtantium dicenda ſunt. Quodſi enim hi Ao. 1624. templa peculiaria in pagis vel ciuitatibus poſſederunt, ſine noua permiſſione Principis cœmeteria et ampliare et noua exſtruere queunt. Idem ſuo modo obtinebit, ſi poſtea religionis exercitium territorii dominus iis conceſſit, et templi proprii exſtructionem permiſit, niſi publica lege cœmeteria a ciuitate exeſſe iusſa fuerint. Hoc vnicum moneo, ad eorum conſecrationem Epiſcopum aliunde acciri non poſſe, cum hoc in præiudicium vergat territorii Domini. Quamuis enim conſtitutio cœmeterii, ex noſtra hypotheſi, non ſit actus Epiſcopalis; talis tamen eſt ex catholicorum principio, et ſic contra I. P. p) re vera Epiſcopus ius aliquod epiſcopale in territoriis proteſtantium exerceret. *Quid catholicis ſub proteſtantibus?*

§. XXII. Hæc itaque ſunt, quæ de facultate erigendi cœmeteria dicenda fuerunt. Quodſi vero præter *iuſtitiam* etiam regulas *prudentiæ* in conſilium adhibere placet, ſecurius agit, qui Principis aut territorii Domini confirmationem deſuper expetit. Sic enim omnibus contradictionibus non ſolum obex ponitur, verum etiam certa inde locus publicus conſequitur *priuilegia*, quibus alias caruiſſe videtur, ex nonnullorum doctrina. q) *An Principis confirmatio cœmeteriis erectis accedere debeat?*

 §. XXIII.

31. poſſeſſio templorum, cum omnibus *pertinentiis*, redditibus et *acceſſionibus* illis confirmata eſt. Ad templorum autem acceſſoria etiam cœmeteria referendi eſſe, vnanimi conſenſu Pontificii affirmant. Quemadmodum itaque proprio iure templa reficere, et poſtea deſtructa reſtituere poſſunt; ita etiam cœmeteria vel ampliare, vel ſi hoc commode fieri nequit, noua conſtituere poſſunt.

p) Nam in *art.* 5. §. 48. ſuſpenſa eſt iuriſdictio tota eccleſiaſtica, cum omnibus ſuis ſpeciebus, in territoriis proteſtantium, quorſum etiam cœmeteriorum benedictio pertinet.

q) Sic enim ſe res habet cum Hoſpitalibus et religioſis domibus, quæ ex

Quid illa operetur? Ius aſyli non tribuit.

§. XXIII. Huc maxime referunt Pontificii ius Aſyli, vi cuius quilibet r) ad eccleſiam confugiens, per iudicem ſecularem inde extrahi non poſſit. s) Hoc ad res pleraſque, quæ aliquo tantum modo pro acceſſorio illius cenſendæ ſunt, extendunt, t) adeoque etiam cœmeteriis adſcribunt. u) Eiuſmodi autem immunitatem apud nos non conſequi exiſtimo, cum maximam maleuolis ſuppeditaret occaſionem, ſcelera perpetrandi, ſcientibus, loca talia adeſſe, quo ſe recipere et pœnæ promeritæ exſecutionem interuertere poſſent.

Indit tamen qualitatem bonor. eccleſiaſt.

§. XXIV. Libera autem per confirmationem principis erunt cœmeteria a tributis, vt poſtea tali loco illa imponi non poſſunt. x) Non ſoluuntur de illis collectæ etiam extraordinariæ, niſi in ſummo neceſſitatis caſu. y) Vno vt me expediam verbo, omnia iura, quæ bonis eccleſiaſticis apud nos adſcribuntur, etiam eiuſmodi cœmeteriis, a principe confirmatis, tribuenda cenſent.

§. XXV.

ex arbitrio priuatorum erigi poſſunt; ſed ſine Epiſcopi confirmatione, bonorum eccleſiaſticorum priuilegiis non gaudent. Principes autem noſtri, non ſolum Epiſcopalia, ſed maiora illis iura exercent, ex quo inferunt, illorum confirmationem cœmeteriis nouas addere qualitates, nempe priuilegia bonis eccleſiaſticis adſcripta, quibus in poſterum annumeranda videntur.

r) Exceptiones ſuppeditat BARBOSA *in Iur. Eccleſ. Lib. II. cap.* 3.

s) *c.* 36. *C.* 17. *q.* 4. Non ſolum Iudici ſeculari id denegant, verum etiam eccleſiaſtico vid. BARBOSA *cit. l. n.* 50. *ſeq.* et ſi iudex ſecularis aliquem extraxerit, pœnis ſpiritualibus coercendus, vſque dum eccleſiæ illum reſtituat.

t) Qua de re videndus BARBOSA *cit. l. n.* 64. *ſeqq.*

u) BARBOSA *cit. l. n.* 63. probationem deſumſit *ex cap.* 5. *X. de immun. Eccleſ. cœmet. etc.* Quod tamen tantum diſponit, intra eccleſiam cauſſas criminales non pertractandas eſſe, nec iudicium ſanguinis ibidem exerceri poſſe.

x) Hæc enim priuilegia bonis eccleſiaſticis ab omnibus fere tribuuntur vid. CARPZOV. *cit. l. Lib. II. def.* 308. y) *Id. ibid. def.* 309.

Digitized by Google

§. XXV. Tale autem ad cœmeteria loca eligi debent, in quibus ſepulcra commode et ſat profunde effodi poſſunt. z) Suadent etiam prudentiæ regulæ, vt extra ciuitatem illa conſtituantur. Supra a) iam nonnullorum populorum conſuetudinis in medium protuli, vi quarum ſepultura intra vrbium mœnia interdicta fuit. Nec aliter adhuc iudico. Vel ideo enim, vt verbis CARPZOVII b) vtar, ab vrbe remouenda ſunt cadauera, ne ex putreſcentium corporum conditoriis, vapores excitentur et erumpant, non ſine damno incolarum, cum peſtilens contagio inde oriri poſſint. Hinc diligenter præcauendum, ne tumulorum cumulo ciuitas obruatur, atque exhalationes nebuloſi, poſt auras matutinas cum ſole exſurgentes, peſtiferis morbis ciuium corpora afficiant. c) Interim experientia docet, pluribus in locis adhuc cœmeteria in vrbibus ſupereſſe.

Vbi cœmeteria ſita eſſe debeant?

§. XXVI. Ex iis etiam eſt facile iudicatu, an recte hodie ipſa templa, cœmeteriorum inſtar ſint habenda? Optime quidem calleo, nil frequentius ſepultura in templis eſſe; minus recte tamen id fieri, perſuaſiſſimum habeo. Cum enim muris ſint incluſa cadauera, tarde ſane putreſcunt. Quo diutius autem putrefactio durat, eo plures halitus euaporant venenoſi, qui haud leuem noxam afferre, et facillime morbos attrahere poſſunt. Eiuſmodi autem exhalationes cadauerum in templis peiores longe ſunt ceteris, quæ ſub dio iacent, vbi flores et herbæ naſcantur. Aer nempe ibi impeditur ſuum ſuppeditare auxilium, vt illas puriores reddere nequeat.

Templa inſtar cœmeteriorum non habenda.

§. XXVII. Si autem neceſſitas vel ampliationem, vel nouam

Subditi cogi poſſunt ad

z) Quam profunda autem ſepulcra eſſe debeant, ad noſtrum ſcopum non pertinet, alibi de illa re plura dicemus. a) *cap. nempe I. §. 7. ſeq.* b) *cit. l. def.* 335. c) VITRVVIVS *de Architect, Lib. I, cap.* 4.

vendendos fundos, vt ex illis cœmeterium fiat.

uam plane cœmeterii erectionem extra ciuitatem ſuadeat, quæritur an Magiſtratus cogere poſſit ciues, vel ſubditos, vt fundos ſuos hanc in rem vendant. Nulla genuina dubitandi ratio adeſt, ſi alius locus tali inſtituto non adeo commode inſeruiat, iuſtumque poſſeſſori pretium refunditur. Ob publicam enim Reipublicæ vtilitatem, quæ ſuprema lex eſt, priuatorum iura ceſſant, atque priuato commodo, ſana ratione legibusque ita ſuadentibus, publica vtilitas anteponenda. Et hinc eſt, quod ICti vnanimi fere conſenſu id affimarunt, ſuam doctrinam variis ratiociniis legibusque confirmantes. d)

Vnde ſumtus quærendi?

§. XXVIII. Sed vnde ſumtus, ad redemtionem eiuſmodi loci, ſi cœmeterium vel erigendum, vel ampliandum, deſumendi? Habent quidem nonnulla loca peculiares conſuetudines, quas hic ſepono, de eo tantum ſollicitus, quid ceſſante obſeruantia obtineat? Quodſi templo contiguum eſt cœmeterium, ærarium illius impenſas ſuppeditare debet, cum ipſa eccleſia inde reficienda, et reparanda e) cuius acceſſorium cœmeterium. Aliud autem obtinebit, ſi ſeparatim exſtructum et ab vniuerſitate per Magiſtratum oppidanum, aut ruri per Patronum, erectio vel reparatio inſtituitur. Tunc enim pro acceſſorio eccleſiæ non habendum, adeoque nec ærarium illius aliquid ſubminiſtrare ad hoc negotium debet. Singuli itaque qui de ciuitate, vniuerſitate et corpore ſunt, pro rata vt contribuant, neceſſe eſt. Obligati pariter ſunt ad talem contributionem, ſi cœmeteria templis contigua amplianda, et ærarium illo-

d) Huc ſpectat CARPZOVIVS *cit. l. def.* 383. plurimis ſuam ſententiam legibus auctoritatibusque confirmans. Fecit id etiam ZAHNIVS *in Polit. munic. Lib. II. cap.* 29. *n.* 47. BARBOSA *cit. l. Lib. II. cap.* 13. *n.* 21.

e) *c.* 3. *C.* 10. *qu.* 3. Hic itaque locum habebit canon vulgaris: *Acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis.*

Digitized by Google

illorum ad eiuſmodi ædificationem non ſufficit. Vniuerſorum enim hic agitur cauſſa et commodum, adeoque ſinguli hic concurrere debent. Poſſunt etiam, ſi detractarent collectas iniunctas perſoluere, ad illas compelli, nec vllus immunitatem et exemtionem prætendere valet, cum ſingulis, qui de Parochia aut ciuitate ſunt, iniungantur, f) et ſinguli inde emolumentum capiant.

§. XXIX. Sic itaque paucis eas quæſtiones, quæ erectionem et ampliationem cœmeteriorum tangunt, excuſſimus, g) diſſertationique finis imponi potuiſſet, niſi vnicum ſupereſſet præiudicium, e conſecratione cœmeteriorum Pontificia natum, quod ſcilicet iuriſdictionem in illa conſiſtoriis adſcripſerint. An ſatis fundata hæc ſit opinio, ex illis, quæ ſupra delibauimus, quiſque facile cognoſcet. Multo itaque conuenientius erit, iiſdem perſonis eam in his locis aſſerere, penes quas primaria cura atque ius erigendi illa reſidet, ſi de cetero iuriſdictione munitæ ſunt. h) Sic vero pro diuerſo reſpectu, vel conſiſtoria, vel Magiſtratus oppidani, illam ſibi vindicare poterunt. i) *Cui iuriſdictio in cœmeterio competat?*

f) Quomodo autem collectiones tales adornandæ, penes magiſtratum eſt, adeoque in re arbitraria determinare, nil cupio, modo nemo plus iuſto prægrauetur.

g) Nonnullæ quidem ſupereſſent, quæ hic etiam inſeri potuiſſent; ſed cum, vti ſupra monui, integrum mediter tractatum, hac de materia, ad hunc reiiciendas illas eſſe cenſui, potiores tantum hic delibaturus.

h) Caute hoc addidi; certe repræſentantes eccleſiam et Patroni, qui vti ſupra §. 11. oſtendimus, nonnunquam curam cœmeteriorum exercent, nulla iuriſdictione gaudent, adeoque tunc Magiſtratus oppidanus, ſub cuius iuriſdictione locus eſt, illam etiam in illo, etiamſi cœmeterium ſit, exercet.

i) Sed ſi in cœmeterio aliquis deliquerit, cuius criminis cognitio ad alia iudicia pertinet, extradendi ſunt delinquentes illis. Interim tamen ſine præſcitu et inuito iuriſdictionis domino extrahi nequeunt. Ceterum, ſecundum ea, quæ ſupra dixi, diſtingui poſſet, vtrum cœmeteria ſint templis contigua, nec ne? Priori caſu iuriſdictionem templi ſequuntur; Poſteriori vero, magiſtratus oppidani iuriſdictioni ſubſunt, niſi alius ſit eius loci obſeruantia, legesque diuerſum iubeant, conſtituantque.

Digitized by Google

EXERCITATIO XLII.
AD LIBR. XI. PAND. TIT. VII.
DE
IVRE DENEGANDI COMMVNIONEM COEMETERIORVM.

ARGVMENTVM.

§. I *An denegatio honeſtæ ſepulturæ iniuria ſit vel pœna? II. Ab ea differt totalis priuatio ſepulturæ. III Inſtituti ratio. IV. Communis veterum Chriſtianorum per euchariſtiam et oblationes. V. et VI. Inter mortuos Chriſtianos quodammodo conſeruata VII. Opinio, oblationes defunctis prodeſſe. VIII. Priuatio communionis precum inſtar pœnæ habita. IX. Perfectæ communionis ratio in euchariſtia et oblationibus poſita. X. Studium pænitentium ad hanc communionem anhelantium. XI. Ratio principii iuris Can quibus non communicamus viuis, iiſdem nec mortuis communicamus. XII. Communio cum defunctis diiudicari cœpit ex loco ſepulturæ et ex oblationibus. XIII. Pœnitentibus inde negata ſepultura. XIV Recenſio principiorum iuris Canonici in hac doctrina. XV. XVI XVII De vſu huius doctrinæ inter Proteſtantes. XVIII Cognitio de priuatione ſepulturæ totali ad magiſtratum ſecularem pertinet. XIX. XX. Ad quodnam forum pertineat cognitio de denegatione cœmeterii? XXI. Puniti non indiſtincte cœmeterio excluduntur. XXII. Excluduntur vero pagani, XXIII. XXIV. hæretici Sententia Proteſtantium. XXV. Religioni in Imperio Rom. Germ. approbatæ addicti iure hæreticorum non cenſentur. XXVI. Anni decretorii h[illegible] caſu nulla habetur ratio. XXVII. Excluduntur infantes non baptizati Sententia Proteſtantium. XXVIII. In Cœmeterio inter Catholicos et Proteſtantes communi infantes Proteſtantium a cœmeterio excludi nequeunt. XXIX. Excluduntur excommunicati. Sententia*

tia Proteſtantium. XXX. In torneamentis vel duellis pereuntes, XXXI. Autochiri, XXXII. in reatu grauiſſimo mortui. XXXIII. Peccatores publici et ſcelerati, euchariſtiæ contemtores, vſurarii manifeſti, blaſphemi, decimas non reddentes, clerici concubinarii, interdicti.

§. I.

T*itulus iniuriæ ceſſatio eſt ſepulturæ*, ait TERTVLLIANVS *Lib. de anima c.* 50. et ex veritate ait, cui etiam addi poteſt, quod *titulus ſit pœnæ*. Equidem cum mortuis viuentibus nullum amplius eſt commercium, ſocietas, aut iurium communicatio, ergo nec *iniuria* nec *pœna* proprie in cadauer cadit. *Facilem eſſe iacturam ſepulcri*, notat VIRGILIVS, *quin nec defuerunt, qui ſuperuacuam facerent ſepulturam, nihilque eſſe dicerent mali, iacere inhumatum atque abiectum*, obſeruante LACTANTIO *Lib. VI. inſtit. diu. c.* 12. *cum æque ſubducatur nobis corpus omne, ſiue areſcat in puluerem, ſiue in humorem ſoluatur vel in cinerem comprimatur, vel in nidorem tenuatur*, vt verba MINVCII FELICIS *in Octau. p.* 356. *edit. Gronou.* mea faciam. Enim vero recte regeſſit LACTANTIVS *cit. l. illorum impiam ſapientiam cum omne humanum genus reſpuere, tum diuinas voces, quæ id fieri iubent*, ſiquidem *generaliter* hanc aſſertionem capimus. Quodſi enim adductæ ſententiæ hunc ſenſum tribuas, vt, qui bene vixit, nihil mali incommodiue ex defectu ſepulturæ, quæ forſan *ex accidente*, ob malitiam hominum ei denegatur, illi contingat, vera omnino eſt et approbanda. Sed etiam verum eſt, *iniuriæ* et *pœnæ* titulum eſſe priuationem ſepulturæ; poſtquam enim *legibus ciuilibus* ritus ſepeliendi determinatus, et præſcriptus, *honos tumuli* introductus,

Quo ſenſu ſepulturæ denegatio iniuria dicatur et pœna?

ctus, *ſolamen humandi* inde natum, denegatio huius ritus ciuilis, honoris et ſolaminis, non poteſt non aliquid *pœnæ* et *iniuriæ* continere, et viuentibus exemplum præbere, ne tali iniuria et pœna ſe dignos reddant. Iam olim Deus in ſacris, impiis hoc ſingulare prædixit malum, eorum corpora terræ haud mandatum iri, quod præſagium terrorem incutiebat grauiſſimum, ceterosque, vt alieno exemplo ſaniores eſſent, inducebat.

A totali priuatione ſepulturæ differt denegatio ſepulturæ Eccleſiaſticæ,

§. II. Eſt ab hac totali ſepulturæ priuatione diuerſa noua ſpecies, quæ inter Chriſtianos primitiuos ſemina cepit, progreſſu temporis adoleuit, & tandem a prima via deflectens, in genus *pœnæ eccleſiaſticæ*, Hierarchiæ admodum neceſſariæ, degenerauit, ſcilicet, *denegatio ſepulturæ eccleſiaſticæ*, ſeu *communionis cœmeteriorum*, quæ ad idem prorſus recidunt. Accepit ſepultura *eccleſiaſtica*, qua talis, multa peculiaria iura, ex more eccleſiarum, ritu liturgiarum, et inepto ſuperſtitioſorum deſiderio. Inter hæc primarius *honor* tandem habitus fuit, ſepelire mortuos in templo, vel in eius atrio, vel in alio loco ſacris initiato. Hiſtoria rei expoſita eſt in exercitatione præcedente *de iure erigendi cœmeterium Cap. I.* Inde cui negatur ſepulcrum in cœmeterio, illi non quidem ſepultura omnis, *honeſta* tamen, et *eccleſiaſtica* negatur, quod hodie inter omnes titulum *pœnæ* et *iniuriæ* continet, pro qua auertenda proximiores non immerito ſolent eſſe ſolliciti. Varia inde *iura* ſunt nata, quæ, cum hac diſſertatione exponere animus ſit, paucis *originem* rei referre licebit, vtpote quæ demum veram rerum imaginem ſiſtit, et verum a falſo diſtinguere docet. Neque enim terreor quorundam inſania, qui hanc originum indagationem admodum periculoſam eſſe perhibent,

titulumque pœnæ et iniuriæ habet.

et

Digitized by Google

et quantum in ipſis eſt, auctores eſſe volunt, ne in cauſſas rerum primæuas inquiramus, aientes, hiſtoriam etiam eccleſiaſticam inſidias ſtruere veritati orthodoxæ, et multa, quæ certa ſunt conſtituta, in dubium vocare, immo fere euertere. Hæc terriculamenta malæ cauſſæ indicium præbent, et aſylum ignorantiæ eorum ſunt, qui in tenebris verſantur, et inde lucem ſibi periculoſam eſſe ſciunt. Agite ergo, fontes et venas huius rei, de qua agendum eſt, aperiamus.

Inſtituti ratio.

§. III. Equidem hæc diſſertatio forſan commodius & clarius inſcriptionem, *de iure denegandi ſepulturam eccleſiaſticam*, accipere potuiſſet; ſed, non vna ratio fuit, cur titulum, quem in limine eius poſui, prætulerim. Fit in illa mentio, *communionis cœmeteriorum*, quoniam vniuerſa doctrina, hic tradenda, ex ratione antiquæ *communionis eccleſiaſticæ* fluit, cuius denegatio eſt *excommunicatio*, vnde et in vernacula dici ſolet, der Todten-Bann, h. e. *excommunicatio mortuorum*. Et cum cœmeteriorum honos cum liturgiis conſuetis tantum iis proprius ſit, qui in *communione eccleſiaſtica* vixerunt, et in ea vſque ad extremum vitæ halitum ſubſtiterunt, ita denegatio eorum eſt in effectu nihil aliud, quam huius *communionis eccleſiaſticæ denegatio et priuatio*, quæ, ex Patrum ſententia, quouis malo, ipſa denique peſte, eſt acerbior. Ait ORIGINES *Lib. 2. aduerſ. Celſ. circa fin. Iam erga peccantes quam ſeuera eſt diſciplina, præcipue contaminatos libidine! quos è ſua communione reiiciunt noſtri, quantumuis Celſus eos nugacibus circulatoribus faciat ſimiles. Et Pythagoreorum quidem veneranda ſchola, ponebat Cenotaphia diſciplinæ ſuæ deſertoribus, nimirum, quod haberet eos pro mortuis: Hi vero vt perditos Deoque mortuos lugent eos, qui libidine alioue ſimili malo victi fuerint.*

Traditur hic excommunicatio mortuorum.

Digitized by Google

Communio eccleſiaſtica declarata erga viuentes et mortuos per euchariſtiam et oblationes,

§. IV. Sicuti vero *communio eccleſiaſtica* potiſſimum in *communicatione orationis et conuentus* et *omnis ſacri commercii* conſiſtebat, vt TERTVLLIANVS *in apolog. cap.* 39. loquitur, ita hæc ipſa variis, tum erga viuentes, tum mortuos edebatur et declarabatur ſignis. Inter hæc quoque erat admiſſio ad *Euchariſtiam* et *oblationes*, & nominum eorum, qui offerebant, ſolemnes recitationes, adeo vt iam Sæculo II. in morem abierit, aduentantibus Presbyteris in aliam eccleſiam, *Euchariſtiam* tranſmittendi, teſte IRENAEO apud EVSEBIVM *Lib. V. Hiſt. Eccl. c.* 24. Etiam in eccleſia Apoſtolica, in qua agaparum vſus maxime frequentabatur, cuique euchariſtia adiuncta erat, *oblationum* vſus iam inualuerat, et per plura ſæcula durauit. Ad hoc conuiuium ſacrum conferebant ſinguli fideles, quatenus facultates eorum id permittebant, 1 *Cor. XI,* 21. et qui ei intereſſe poterant h. e. baptizati et non eiecti; neque enim eorum oblationes accipi poterant, qui ab *omni ſacro commercio* relegati erant. Ex his oblationibus non tantum agapæ et S. Cœna inſtruebantur, ſed etiam pauperes reficiebantur, et Clerici indigentes alebantur, vt tot loca antiquitatum eccleſiaſticarum docent. Ad vſum S. Cœnæ, in primis offerebatur *panis* et *vinum*; teſte IVSTINO *Martyre in apol.* II. *in fin.* vbi liturgiam antiquam refert, et *precibus peractis*, addit, *panis offertur et vinum et aqua, et præpoſitus itidem, quantum pro virili ſua poteſt, preces et gratiarum actiones fundit.* Pergit in ſequentibus, & docet, præter has oblationes etiam in vſus pauperum et indigentium *oblationes* factas fuiſſe. Inde *ritus oblationum* a fidelibus peractus, qui *conſortii eccleſiaſtici* erant participes, manauit. De quo ita ALBASPINAEVS *Lib. I. de rit. eccleſ. obſ.* 5. ait: *Fideles, primis illis temporibus, diebus dominicis et feſtiuis, raro ad altare ſine donis et muneribus accedebant,*

cuius ratio euoluitur.

debant, ſi res eis tenuis adeo non eſſet, et exigua, vt ſine incommodo id præſtare non valerent. Hæc dona oblationes vocabantur, quia ſacerdotibus in altari, paullo ante ſacra, Deo offerebantur, certisque precibus benedicebantur, quorum poſtea pars aliqua fidelibus, cetera in Sacerdotum, Clericorum et pauperum alimentum erogabatur.

Oblationes in ſacrificium verſæ, et nomina offerentium inter preces recitata.

§. V. Neque hic ſubſtitit ritus *oblationum*, ſed *ſacrificii* cuiuſdam figura acceſſit. Deo hæ dicebantur offerri, in ſalutem offerentium, et in communione eccleſiaſtica perſiſtentium. Quin Sæculo III. iam vſitatum erat, eorum nomina inter ſolemnes preces recitare, quorum oblationes ſuſceptæ erant, quo ipſo ſpeciatim Deo commendabantur, et ſic *conſortium precum* habebant, quod non leue *communionis eccleſiaſticæ* ſignum erat. Ita enim INNOCENTIVS I. *epiſt.* I. *c.* 2. *De nominibus vero recitandis, antequam preces Sacerdos faciat atque eorum oblationes, quorum nomina recitanda ſunt, ſua oratione commendet, quam ſuperfluum ſit et ipſe recognoſcit, vt cuius hoſtiam nec dum Deo offeras, eius ante nomen inſinues. Prius ergo oblationes ſunt commendandæ, ac tunc eorum nomina, quorum ſunt oblationes, edicenda, vt inter ſacra myſteria nominentur.* In promtu hunc in finem erant tabulæ publicæ, *diptychæ* dictæ, in quibus nomina eorum, qui Deo commendabantur, inſcripta erant, tam *viuentium* quam *defunctorum*, de quibus vid. BONA *Lib. II. rer. liturg. c.* 12. De Sæculi III. praxi euidentia monumenta exhibet CYPRIANVS *in epiſt.* 62. *edit. Oxon.* ita ſcribens: *Ut autem fratres noſtros ac ſorores, qui ad hoc opus tam neceſſarium promte ac libenter operati ſunt, vt ſemper operentur, in mente habeatis in orationibus veſtris, et eis vicem boni operis in ſacrificiis et precibus repræſentetis; ſubdidi nomina ſingulorum, ſed et collegarum quoque et conſacerdotum noſtrorum, qui et ipſi, cum præſentes eſſent, et ſuo et plebis ſuæ*

Inde communio precum.

ſuæ nomine quædam pro viribus contulerunt, nomina addidi, et præter quantitatem propriam noſtram, eorum quoque ſummulam ſignificaui et miſi, quorum omnium ſecundum quod fides et caritas exigunt, in orationibus et precibus veſtris meminiſſe debetis. Similiter *in epiſt.* 16. increpat eos, qui nimis crude & mature ius communicationis amiſſæ repetebant. Et, *nunc crudo,* ait, *tempore, perſecutione adhuc perſeuerante, nondum reſtituta eccleſiæ ipſius pace, ad communicationem admittuntur, et offertur nomen eorum,* quod indicium præbet, *ius communionis* potiſſimum per *recitationem nominum* declaratum et probatum fuiſſe. Conf. HILDEBRAND. *in offertorio pro defunct. c. VI. §. 3. ſeqq.* ALBASPINAEVS *Lib.* I. *obſ.* 7. *cit. loc.* et THOMASSINVS *P. III. diſcipl. eccl. Lib. I. c.* 12. §. 4. BONA *cit. loc. c.* 12. *et* 13. Ex his denique recte concludit ALBASPINAEVS *cit. loc. n.* 4. *Ex his omnibus liquet, oblationes illas, genus quoddam communionis fuiſſe, quod tanto in honore et religione apud eos erat, vt nihil antiquius poſt eucharistiam haberent, quam eiuſmodi oblationes, nulluſque communionis modus ad ſummam et abſolutiſſimam communionem, quæ erat Euchariſtia, magis accederet.*

a qua excludebantur eiecti.

§. VI. Quæ cum ita eſſent, hanc *oblationem* praxin, et inde declaratam communionem eccleſiaſticam, adeo extendebant, vt pro defunctis quoque offerrent, eorumque nomina ſolemniter ex diptychis inter preces ſolemnes recitarent, indigitarentque, eos adhuc in *precum communione* eſſe. Neruoſe mentem et intentionem antiquorum Chriſtianorum exprimit HILDEBRANDVS *cit. loc. cap. VI. §. 6.* aiens: *Si qui pie ac placide in Chriſto obdormiuiſſent, et in communione cum eccleſia diem vltimum clauſiſſent, hi poſt obitum non honeſte tantum et reuerenter ſepulturæ traditi ſunt, ſed et defunctorum in viuis relicti amici*

Ad denotandam communionem cum defunctis etiam offerebant et euchariſtiam celebrabant, immo nomina eorum inter preces recitabant.

mici, parentes, coniuges, liberi, cognati, amici, nomine defunctorum (perinde ac ſi defuncti adhuc viuerent, ſed vrgentibus cauſſis a ſacris abeſſent) oblationes tum temporis conſuetas, panis et vini aliorumque munerum ad ſacram ſynaxin, ad altare vel S. menſam deferebant, et presbyteris offerebant, in argumentum et teſtimonium (vt recte iudicat B. Calixtus in tr. de ſacrif. miſſ. theſ. 26.) quod defuncti eccleſiaſticæ communionis participes deceſſiſſent. Atque hæ erant in primitiua eccleſia oblationes pro defunctis, quas cum eccleſia acciperet, SIGNVM ERAT COMMVNIONIS CVM ECCLESIA, *in qua defunctus obiiſſet.* Eadem fere ratione mentem veterum exprimit IOANNES *Oxon. Epiſc. in not. ad epiſt. 1: Cypriani. Nimirum,* ait, *quo magis conſtaret, fideles vita defunctos minime periiſſe, ſed etiamnum membra eccleſiæ exiſtere, oblationes eorum nomine, ac ſi in viuis eſſent vſque offerebantur.* Nec ipſe THOMASSINVS *cit. l.* §. 2. alium ſenſum huic ritui indere potuit, ſed fateri coactus eſt, *nec ſuperſtites nec fato functos ſuam cum eccleſia communionem approbare potuiſſe, niſi his oblationibus, eosque diſcrepaſſe ſiue excommunicatos, ſiue pœnitentes a fidelibus, quod fidelium oblationes dumtaxat, et eorum, qui conſortes eſſent communionis ſacræ, ad altare admitterentur.*

Mox creditum fuit has oblationes defunctis prodeſſe.

§. VII. Huic ritui noua pauliſper acceſſit interpretatio, nouusque prorſus ſignificatus. Commendatæ ſunt *Oblationes* morti vicinis, tanquam efficaciſſimum medium expiandi peccata. SALVIANVS *Lib. I. adu. auarit. p. m. 205. edit. Brem.* diſerte ait: *offerat ergo vel moriens ad liberandam de perennibus pœnis animam ſuam* etc. Commendatæ ſunt magnopere oblationes viuentibus, *pro anima defunctorum,* ex ea ratione, quod *animæ mortuorum ex viuorum orationibus* et oblationibus multa

et magna beneficia perciperent, quod plenius declarat HILDEBRAND. *l. c. cap. 9.* Hinc magni faciebant Chriſtiani *has oblationes precesque*, non tantum quod *ius communionis eccleſiaſticæ* etiam poſt fata ſibi profuturum eſſe, ſed quod ingentem iacturam ſpei ſalutiſque æternæ ſe facturos crederent, ſi ab hoc *conſortio ſacro* prorſus eſſent excluſi. Vnde tot quæſtiones, iura, aliaue inſtituta orta ſunt, qui ad hunc honorem admittendi, qui ab eo excludendi, et *omnis communionis iure* poſt mortem priuandi?

Inde noua iura circa hanc communionem cum defunctis orta.

Communione precum eccleſiaſtica priuari, luctuoſum videbatur.

§. VIII. Luctuoſum omnino videbatur, poſt mortem hac communione precum priuari, quod malum tamen regulariter tantum eiectis, vel, qui excommunicatione dignum delictum commiſerant, contingebat. Mirum ſane, huc etiam relatum fuiſſe caſum, ſi quis frater excedens ad tutelam vel curam clericum nominaret, prout docet CYPRIANVS *epiſt. 1. ac ſi quis,* addit, *hoc feciſſet, non offerretur pro eo, nec ſacrificium pro dormitione eius celebraretur. Neque enim apud altare Dei meretur nominari in Sacerdotum prece, qui ab altari ſacerdotes et miniſtros voluit auocare. Et ideo Victor cum contra formam nuper in concilio a Sacerdotibus datam, Geminium Fauſtinum Presbyterum auſus ſit Tutorem conſtituere, non eſt, quod pro dormitione eius apud vos fiat oblatio, aut deprecatio aliqua nomine eius in eccleſia frequentetur.* In genere ſtatuere patres Illiberini *c. 28. Epiſcopum placuit, ab eo, qui non communicat, munus accipere non debere.* Non *communicare* dicebatur, qui *ius communionis et ſocietatis chriſtianæ, quo qui donatus eſſet, corpori Chriſti et eccleſiæ adglutinatus cenſebatur, non habebat,* vt plenius illuſtrat ALBASPINAEVS *in not. ad cit. c.* Hoc iure fraternitatis excidebant delinquentes, et peccato mortali inquinati,

Quod accidebat grauiter delinquentibus, eiectis.

ti, vti conſtat exemplo AMBROSII, Imperatoris oblationes recipere detrectantis, cuius cauſſam PAVLINVS *in vita eius* neruoſe exprimit. *Cauſſa commotionis hæc fuit, quia munera Imperatoris, qui ſe ſacrilegio commiſcuerat, ab Eccleſia reſpuebantur, nec orandi illi cum Eccleſia ſocietas tribuebatur.* Hoc ipſo *excommunicatus erat*, quippe qui, auctore TERTVLLIANO *in Apol. c. 39.* dicebatur, *qui à communicatione orationis et conuentus et omnis ſancti commercii relegatus erat.* Indicat id ipſum quoque AVGVSTINVS *in c. 8. C. 17. q. 4.* oblationes eius recuſans, qui *immunitatem eccleſiæ violauerat. Oblatio vero*, ad eum ſcribit, *domus tuæ a Clericis ne ſuſcipiatur indixi: communionemque Tibi interdico, donec peracta pro auſibus vel errore a me definita tibimet pœnitentia et tempore ordinato pro hoc facto corde contrito et humiliato dignum offeras ſacrificium Deo.*

Quorum oblationes non accipiebantur.

§. IX. Sicuti vero communio ſuos habebat gradus, ita *perfectiſſime* demum in participatione corporis et ſanguinis Chriſti conſtituebatur, in qua, qui erant, horum *oblationes* accipiebantur, et pro his defunctis oblationes fiebant, ſicuti ab hoc oblationum conſortio excludebantur, qui nondum ad hunc gradum communionis ſummum, poſt lapſum, reſtituti erant. Pœnitentes quandoque rurſus ad precum commercium admittebantur, ſed ſine *oblatione*, ſi ad quartum et vltimum pœnitentiæ gradum deuenerant, quo dicebantur *conſiſtentes.* Eleganter MORINVS *de adminiſtr. Sacram. pœnit. Lib. VI. c. 17. §. 6.* de hoc more priſtino ita cenſuit: *Pœna, qua mulctabantur conſiſtentes, hæc fuit, quod munera eorum vt fidelium, non acciperentur; vnde conſequens erat, eos corpori Chriſti non communicare. Quibus enim non licebat offerre, vnde corpus et ſanguis Chriſti conſecrarentur, iis non iudicabant licere ipſum corpus et ſangui-*

Perfectiſſima communio ex eucharistia et oblationibus cognoſcebatur.

nem manducare et bibere. Quapropter iſta ſunt æquipollentia, communicare precibus ſine oblatione, et non communicare corpori Chriſti. IDEM *c. 18. §. 14.* dicta confirmat: et, cum *igitur*, ait, *hoc eſſet fidelium proprium et perfectæ communionis argumentum, cum iis, qui boni et perfecti, communione, vt loquuntur patres, nondum fruebantur, communicari non potuit. Erat enim doctrinæ antiquæ velut principium, eos ius non habere offerendi, quibus ius non erat, de oblatione conſecrata guſtandi.* Ex quo porro colligit MORINVS *l. c. §. 15.* nec horum nomina inter preces ſeu Miſſarum ſolemnia recitata fuiſſe, quippe quæ gratia tantum iis erat tributa, qui *ius offerendi* habebant, quod pœnitentibus nondum reſtitutum erat. Hi enim *iure ſacro* eiusque conſortio exciderant, nec ante receptionem et abſolutionem *ius communionis pleniſſimæ* recuperabant.

Inde pœnitentes ante mortem abſolutionem magnopere anhelabant.

§. X. Hac de cauſſa tanti res pretii et momenti erat, ante exceſſum abſolui, vt in *ius communionis eccleſiaſticæ* eo priuatus reſtitueretur, et pro eo ſolemnes oblationes fieri poſſent. Hinc in caſu *mortis imminentis* etiam Diaconi abſoluere lapſos poterant, ſi vel maxime conſtitutum pœnitentiæ tempus haud eſſet effluxum, vt teſtatur CYPRIANVS *epiſt. 18.* Immo quamuis poſtea Epiſcopi et ipſe Papa caſus quoſdam ſuæ abſolutioni ſolitariæ reſeruauerint, ſimul tamen cuilibet presbytero poteſtatem dederunt, lapſum in articulo mortis abſoluendi, ne morti vicinus tam inſigni bono, quod ex *communione eccleſiaſtica* etiam in defunctos redundare credebatur, carere teneretur, immo ne ſpem amitteret, apud Martyres in Eccleſia vel atrio eiuſdem, ſepulcrum accipiendi, id quod ex vana quadam ſuperſtitione admodum appetebant. Ita GREGORIVS cenſuit *in c. 17. C. 13. q. 2.* et, *cum grauia*, ait, *peccata non deprimunt, hoc*

Vt in atrio eccleſiæ ſepeliri poſſent et precibus eccleſiæ frui.

hoc prodeſt mortuis, ſi in eccleſia ſepeliantur, quod eorum proximi quoties ad eadem ſacra loca veniant, ſuorum, quorum ſepulcra aſpiciunt, recordantur, et pro eis Domino preces fundunt. Eiuſdem ſententiæ fuit AVGVSTINVS *in c. 19. eod. Non æſtimemus ad mortuos, pro quibus curam gerimus, peruenire, niſi quod pro eis ſiue altaris ſiue orationum ſiue Eleemoſynarum ſacrificiis ſolemniter ſupplicamus.* Suadet porro, vt *nullus eorum* prætermittatur, ad quos hæc beneficia poſſint et debeant peruenire. Denique poſt pauca addit: *Quod vero quiſque apud memoriam martyrum ſepelitur, hoc tantum mihi videtur prodeſſe defuncto, vt commendans eum etiam martyrum patrocinio affectus pro illo ſupplicationis augeatur.* Porro in *c. 22. C. 13. q. 2.* diſtinctius vtilitas huius *communionis* commendatur. *Animæ defunctorum quatuor modis ſaluantur: aut oblationibus Sacerdotum* (Seel-Meſſen) *aut precibus ſanctorum, aut charorum Eleemoſynis* (oblationibus) *aut ieiunio cognatorum.* Addo et alium locum AVGVSTINI relatum in *c. 23. ibid. Neque negandum eſt, defunctorum animas pietate ſuorum viuentium releuari, cum pro illis ſacrificium mediationis offertur et eleemoſynæ* h. e. oblationes *in eccleſia fiunt.* Proinde nemo hoc beneficio priuandus erat, niſi ſe ipſum ſuis delictis hoc ipſo priuauerat, qui quidem ſepultura non carebat, carebat tamen *oblationibus* et *precibus*, quibus demum *eccleſiaſtica ſepultura* perficiebatur. Ait GREGORIVS II. *in c. 21. C. 13. q. 2. Sancta ſic tenet eccleſia: vt quiſque pro ſuis mortuis vere Chriſtianis offerat oblationes, atque presbyter eorum memoriam faciat, et quamuis omnes peccatis ſubiaceamus, congruit, vt ſacerdos pro mortuis Catholicis memoriam faciat et intercedat, non tamen pro impiis (quamuis Chriſtiani fuerint) tale quid agere licebit.*

Inde nata regula iuris: quibus non communicamus viuis, iis nec defunctis communicare debemus.

§. XI. Vnde nata eſt *regula iuris Canonici*, quæ fundamentum primarium huius doctrinæ, quam hic expono, conſtituit: *Quibus viuis communicamus, mortuis quoque communicare poſſumus*; et vice verſa: *Quibus viuis non communicauimus, nec mortuis communicare debemus.* Auctor huius regulæ, quam ex praxi antecedenti collegit, eſt LEO *magnus in epiſt. 92. c. 6.* de communione priuatis ita ſcribens: *Horum cauſſa Dei iudicio reſeruanda eſt, in cuius manu fuit, vt talium obitus non vſque ad communionis remedium differretur. Nos autem, quibus viuentibus non communicauimus, mortuis communicare non poſſumus.* Refert hunc locum præter REGINONEM *de diſcipl. eccleſ. Lib. 1. c. 115.* GRATIANVS *in c. 1. C. 24. q. 2.* Repetiit eandem regulam GELASIVS de excommunicatis ita ſcribens: *Quodſi obſtinato animo ſine communione defuncti fuerint, nos eorum cauſſam iuxta B. Leonis prædeceſſoris noſtri ſententiam diuino iudicio reſeruantes, quibus viuis non communicauimus, nec mortuis communicare debemus.* Quid autem eſt *mortuis communicare* aliud, quam *oblationes pro iis factas accipere, pro iis ſacrificium offerre, et preces ſolemnes fundere*, in quibus *communio cum mortuis* per viuentes declarabatur, vt ex antea dictis liquet. Inde VRBANVS II. *in. c. 3. C. 24. q. 2.* ad *ſolos excommunicatos* hanc doctrinam reſtrinxiſſe videtur, in caſu ſibi oblato, vbi ita: *Inter ceteros noſtræ fidei patres B. Leo Papa, doctor egregius, quibus viuis, inquit, non communicauimus, nec mortuis communicare debemus. Conſtat ergo, quoniam quibus viuis (vt ex oppoſito loquamur) communicauimus, mortuis quoque communicare poſſumus. Nos plane inter duo oppugnantia poſiti, inter impios videlicet et ſchiſmaticos, ſchiſmaticis vllo modo communicare non poſſumus, aut licet. Peccatoribus vero et prædonibus diſpenſatiue propterea* com-

Digitized by Google

communicamus, quia et eccleſiam hactenus ſuſtentauerunt et ſe fideles in poſterum pollicentur. Alioquin oportet nos de huius mundi partibus exire. Sub qua etiam ſponſione nos eis nuper in B. Petri natalitiis abſolutionem indulſimus. Quia vero prædictus vir, neque nominatiue excommunicatus, neque communicans cum excommunicatis ex nomine exiit, ſed in domini ſui fide atque ſeruitio permanſit, licet nobis diſpenſatiue i. e. quamdiu eos patimur, eius eleemoſynis communicare, et defuncti animam chriſtianæ religionis modis omnibus adiuuare. Eandem regulam quoque adhibet GODOFREDVS *Vindocinenſis* Sæculi *XII. ſcriptor Lib. III. epiſt. 38. auctoritate,* inquiens, *ſanctorum canonum firmiter tenemus et nullatenus dubitamus, quia quibus viuis non communicamus, nec mortuis communicare debemus.*

Communicatio cum defunctis iudicata fuit ex loco et precibus ſeu oblationibus.

§. XII. Hæc itaque *communicatio cum mortuis* potiſſimum in duobus conſiſtebat: 1) vt fierent participes *precum* et *oblationum*, quæ pro illis fiebant: 2) vt habiles et digni eſſent, qui etiam, vel in *eccleſiis*, vel in *atrio* earum, iuxta martyres condorentur, et horum conſortio et gratia fruerentur, ſi merita eorum hunc honorem iis conciliarent. Prior finis *omnibus* communis erat; ſecundus per plura ſæcula tantum *quibuſdam*, quibus ſingulariter ob bene merita in eccleſiam hoc indultum erat, vt plenius declaratum eſt in laudata Diſſ. Dni Præſidis *De iure erigendi cœmeterium c. 1.* Verum tractu temporis etiam hic honos, Martyrum et ſanctorum locorum fruendi gratia, omnibus communicatus, cum ſinguli in loco ſacro vel circa eccleſiæ muros ſepelire geſtirent, ex quo ſuperſtitioſo pruritu tandem *cœmeteria publica* circa eccleſias erecta ſunt, omnibus communia, qui in *communione eccleſiaſtica* decedunt. Ab hoc tempore *communicatio cum mortuis* ex adductis duobus fini-

finibus æſtimari cepit, præſertim cum etiam ingens commodum et beneficium ex *loci ſanctitate* communicari defuncto crederetur. Et hæc demum dicebatur *ſepultura eccleſiaſtica*, immo etiam ad hanc applicabatur regula §. *anteced.* adducta, adeo, vt cui denegaretur *cæmeterium* cum *oblationibus*, is communione eccleſiæ carere diceretur, h. e. poſt mortem adhuc in *excommunicatione* perſiſteret. Poſtquam enim *communionem fidelium* adeo extenderunt, vt etiam cum defunctis *conſortium* quoddam continuarent, noua hæc *excommunicationis* ſpecies, der Todten-Bann, inde nata et ad nos propagata eſt. Vſum huius doctrinæ ad *cæmeteria* ſpeciatim applicatæ, deprehendimus in *c. 11. X. de ſepult.* vbi Pontifex interrogatus, an ille, qui caſuali fato exſtinctus erat, *ſepultura eccleſiaſtica* priuari debeat? reſpondit: *quod corpus eius tradendum ſit ſepulturæ eccleſiaſticæ, præſertim cum ex honeſta cauſſa fugiſſe noſcatur, et cui communicabatur viuenti, communicandum ſit iam defuncto.* Quid ſit vero *ſepultura eccleſiaſtica? in c. ſeq. 12.* idem Pontifex declarat, et doctrinam hactenus diffuſe prolatam, in compendio refert, his verbis: *Sacris eſt canonibus inſtitutum, vt quibus non communicauimus viuis, non communicemus defunctis; et, vt careant eccleſiaſtica ſepultura, qui prius erant ab vnitate eccleſiaſtica præciſi, nec in articulo mortis reconciliati fuerunt. Vnde, ſi contingat interdum, quod vel excommunicatorum corpora per viuentium aliquos vel alio caſu in cæmeterio eccleſiaſtico humarentur, ſi ab aliorum corporibus diſcerni poterunt, exhumari debent, et procul ab eccleſiaſtica ſepultura iactari.* Iuxta hunc textum *ſepultura eccleſiaſtica* potiſſimum *ex loco* deſumitur, ex *cæmeterio eccleſiaſtico*, in quo qui humantur, cum illis fideles *communicare* dicuntur; ſed quibus locus in illo denegatur, illi extra *communio-*

Quæ ſepulturam eccleſiaſticam conſtituit.

Et excommunicationem defunctorum, quæ in excluſione a cæmeterio quoque conſiſtit.

Inde qui in cæmeterio ſepelitur, communionem eccleſiaſticam habet.

nionem fidelium mortui creduntur, nec pro eis *oblationes* fiunt, cum nec *hæ* nec *locus* illis prodeſſe poſſint, vt ex *cit. c. 12. in fin.* colligitur. Nec hæc doctrina adeo noua erat, quin, vt ſupra iam dictum eſt, etiam *conſortium cum martyribus et ſanctis*, in eccleſia vel atrio eius terræ mandatis, admodum appeteretur, quod iis non poterat non denegari, qui extra communionem mortui erant. Quin iam *Sæculo VII.* ne quidem conſtitutis cœmeteriis publicis, in monaſteriis hic mos inualuerat, vt impœnitentes monachi vel moniales *ſeorſim*, extra locum conſuetum ſepulturæ, qui in monaſteriis erat, terræ conderentur. AVCTOR *vitæ S. Burgundiforæ Abb. Eboiac.* apud MABILON *Sæculo II. act. Benedict. p. 446. circa ann. 655*, hoc declarat inquiens, *quas cum in collegio ceterarum ne quicquam mater monaſterii ſepelire ratum duceret, ſegregatim humandas, in extremum ſepeliendas foris iubet.*

§. XIII. Quamuis vero ex adductis locis liqueat, pœnitentes, nondum in *ius communionis* plene reſtitutos, ab hac *communione* cum *fidelibus viuentibus* fuiſſe excluſos, non vniformis tamen quoad hos fuit eccleſiæ traditio et praxis. Romanæ eccleſiæ Præſules, per multa tempora iis *abſolutionem* denegarunt, ex regula adducta LEONIS: *Vt quibus non communicauerant viuentibus, nec mortuis communicare poſſent.* Id potiſſimum variis argumentis agit GELASIVS Papa *in c. 6. C. 24. q. 2.* vt oſtendat, mortuos extra communionem non eſſe abſoluendos, ad hunc effectum, vt *communioni eccleſiaſticæ* reſtituerentur, cum dictum, *quæ ligaueris ſupra terram*, tantum *viuentes*, non *mortuos* reſpiceret. Idem repetit in *c. 4. ibid.* conſultus de Achatio, qui a communione excluſus erat et in hac eadem perſiſtens damnatione deceſſerat, *abſolutionem*, addit, *quam ſu-*

Pœnitentes nondum reſtituti olim carebant eccleſiaſtica ſepultura ex decreto Romanæ Eccleſiæ.

ſuperſtes nec quæſiuit omnino, nec meruit, mortuus iam non poteſt impetrare. MORINVS *de adminiſtr. Sacr. pœnit. Lib. X. c. 9. §. 1. ſeq.*

Aliæ Eccleſiæ tamen mitiores erant,

Clementiores alias Eccleſias fuiſſe, docet GABRIEL ALBASPINAEVS *Lib. 1. de rit. eccl. c. 10. ibique* oſtendit, *qua ratione mortuis ius communionis redditum fuerit.* Speciatim vero *cit. l. §. 4.* hæc ſubiicit: His *et aliis rationibus apparet, ius communionis obtineri oblationibus, ſed ab eccleſia tamen receptis: propterea patres indoluerunt ſi qui pœnitentiæ tempore morte interciperetur; decreueruntque ad communionem fidelium eſſe reducendos, tametſi vita functi eſſent, oblationum beneficio, nullo alio ad id beneficium conferendum propoſito remedio.* Id clare euincit *Concil. Arelat. II. c. 12. de his qui in pœnitentia poſiti vita exceſſerunt, placuit: nullum comunione vacuum debere dimitti, ſed pro eo, quod honorauit pœnitentiam, oblatio eius recipiatur.* Aliis Conciliorum decretis id illuſtrant ALBASPINAEVS *cit. l.* et MORINVS *cit. l. §. 3. ſeq.* Ipſi Pontifices Romani poſtea hanc quoque ſententiam amplexi ſunt, ceu conſtat ex INNOCENTII III. decreto *in c. 28. X. de ſentent. excommun.* relato, vbi tamen has præſupponit circumſtantias: *ſi in excommunicato indicia pœnitentiæ fuerint manifeſta, nec per eum ſteterit, quo minus reconciliaretur eccleſiaſticæ vnioni, et ſic non ſuſcepto beneficio abſolutionis deceſſerit.* Ad illa, quæ anteceſſores eius mouerant dubia, ita reſpondet: *Nec obſtat, quod eccleſiæ legitur tributa poteſtas ligandi atque ſoluendi homines ſuper terram, tanquam non poſſit ſoluere et ligare ſub terra ſepultos: et quod legitur, non communicetur mortuo cui non communicatum eſt viuo: cum etſi communicatum non fuerit, communicandum tamen illi fuiſſet, quem non contemtus religionis ſed neceſſitatis articulus impediuit, et in certis caſibus a canonibus denotatis ligaſſe legatur eccleſia mortuos, et ſoluiſſe.* Ita contradicit INNOCENTIVS III. LEONI et GELASIO, eosque erroris accuſat, temperat-

quam ſententiam poſtea Innocentius III, recepit.

peraeque ſeueritatem antea ab Eccleſiæ Romanæ Præſulibus indictam.

Ex iis, quæ ante dicta ſunt, breuis recapitulatio inſtituitur.

§. XIV. Conſtat ergo ex hactenus dictis, 1) eccleſiam antiquam ſtatuiſſe quandam *communionem cum mortuis* 2) eamque declaraſſe per *oblationes*, quæ eorum nomine a propinquis, ac ſi adhuc fuiſſent in viuis, fiebant, 3) immo illas ipſas *oblationes* fuiſſe *perfectiſſimæ communionis* indicium. 4) Ideo porro has *oblationes* pro defunctis factas fuiſſe, vt *precibus eccleſiæ* adhuc mortui nominatim fruerentur, et 5) ita pro iis ſacrificium Deo offerretur, quod adhuc hodie vocant die Seelmeſſen, hunc habiturum effectum, vt defunctis prodeſſet, eosque a purgatorio liberaret: denique 6) *loci ſanctitatem* iis quoque communicatam fuiſſe, vt ius haberent, in conſortio martyrum et aliorum ſanctorum quieſcendi, et gratia loci religioſi in atrio eccleſiæ vel cœmeterio *benedicto* et *eccleſiaſtico* fruendi. Adeoque 7) hanc communionem illis tantum indulgendam eſſe, quibus viuis fideles communicauerant, vel communicare rurſus debuiſſent, niſi fato impediti fuiſſent. Hanc 8) demum eſſe *ſepulturam eccleſiaſticam*. E contrario vero 9) hanc merito denegandam et communionem eccleſiaſticam iis adimendam, quibus viuis fideles non communicauerant. In hoc conſiſtit ius *denegandi communionem cœmeteriorum*, et in hoc quoque ratio denominationis quærenda, nihilque aliud eſt, quam *excommunicatio vel poſt mortem continuata, vel de nouo indicta et impoſita*, der Todten-Bann; nam etiam iis applicatur, vt infra videbimus, quibus viuentes communicauerant, ſi in *articulo mortis* precum et communionis eccleſiaſticæ ſe indignos reddiderint, veluti ſibi ipſis manus violentas inferendo etc.

Hæc principia eccleſiæ Proteſtantes non in vniuerſum approbant.

§. XV. Quodſi hæc aſſerta cum doctrina eccleſiarum Proteſtantium conferimus, ab hac magnopere illa diſcrepare cernimus. Oſtendit HILDEBRAND *in offert. pro defunct. c. II. et III.* orationes et oblationes pro defunctis, non eſſe fundatas in ſacra ſcriptura. Docet CHEMNITIVS *in exam. Concil. Trident. P. III. Lib. 3. c. 7. §. 7.* orationem pro defunctis non eſſe apoſtolicam doctrinam, aut diuinam, aut diuinum mandatum ſeu articulum fidei, aut dogma neceſſarium, ſed humanam traditionem, libera et varia conſuetudine introductam et tandem ſuperſtitioſe obſeruatam. Demonſtrat VITRINGA, vir clariſſimus, de *Synagoga vet. Lib. I. P. I. c. 2. p. 221. ſeq.* morem apud Iudæos vſitatum fuiſſe, orandi pro defunctorum animabus, maxime, quod ex gentiliſmo apud eos inualuerat opinio, quod animæ defunctorum circa tumulos illos, in quibus cadauera recondita erant, vagarentur, quodque per eorum interceſſionem etiam facilius auxilium a Deo impetrare liceret, immo quod ad viuos gratia diuina deriuetur per *oſſa defunctorum;* quo ipſo etiam Iudæi quandam communionem cum mortuis ſtatuerunt. Inde ſatis probabile eſt, hanc conſuetudinem *offerendi pro defunctis,* ad reliquias Iudaiſmi referendam eſſe, vnde tot alia inſtituta, quæ conſuetudini adſcribunt, originem trahunt. Expurgant noſtrates purgatorium Pontificiorum, quod fulcrum ſuum primarium in hac *communicatione cum defunctis* habet. Confitentur Proteſtantes iuxta CHEMNITIVM *cit. l. §. 24.* periculoſe feciſſe veteres, quod ſine mandato et exemplo ſcripturæ in forma orationis pro mortuis, et quidem in ipſa actione Euchariſtiæ, quæ pro viuis inſtituta eſt, hoc fecerint, et quod inde ſemina purgatorii ſparſa fuerint. Inde nec oblationes pro defunctis facimus, nec ex cœmeterii aliuſue loci ſanctitate,

vllam

vllam gratiam aut beneficium defuncto conferri credimus, cum ne quidem noſtris cœmeteriis vlla ſanctitatis qualitas inſit. Ergo forſan regula: *quibus non communicamus viuentibus, iis nec mortuis communicare debemus*, ad noſtras eccleſias applicari nequit.

§. XVI. Equidem quædam ex his, quæ adducta ſunt, a noſtratibus non prorſus damnari, ait HILDEBRANDVS *cit. l. c. 9. §. 9. Nos vero*, ait, *nec munerum, nec nominum oblationes olim factas improbamus, eo tamen ſenſu, quo primitiua eccleſia eas vſurpauit, quemque nos hactenus ex ſcriptis S. S. P. P. abunde oſtendimus. Neque enim damnamus, (quod fecit Aerius) morem, nomine defunctorum munera panem et vinum ad altare offerendi in vſum Euchariſtiæ; non damnamus, quod de muneribus nomine defuncti in S. Synaxi oblatis euchariſtia ſit confecta et iis, qui exequias iuerunt, ſit diſtributa, vt per vſum S. Euchariſtiæ ad deuotius pro defuncto orandum animarentur. Non damnamus, quod defunctorum nomina diptychis vel tabulis eccleſiaſticis inſcribenda, vna cum muneribus obtulerint, vel vt inter preces eccleſiæ, expreſſis nominibus pro defunctis oraretur, vel vt defunctorum ſaltem commemoratio aliis in exemplum fieret. etc.* An et quatenus omnium Theologorum ſententia cum hac conſpiret, meum non eſt inquirere; ſed ſi vel maxime adducta vera eſſent, minime tamen regulæ allegatæ vſum genuinum in eccleſiis proteſtantium inſinuant. Non offerimus nomina aut munera ad altare: non offerimus panem et vinum, nec Euchariſtiam his, qui exequias iuerunt, porrigimus: non facimus publice interceſſiones pro defunctis in ipſis exequiis: nomina defunctorum non inſerimus diptychis, nec ea inter ſolemnes preces recitamus, et vt binis verbis dicam: *cum mortuis non communica-*

Quædam tamen ex his noſtra eccleſia probant.

Inde tamen vſus genuinus regulæ adductæ non colligitur.

 nica-

Digitized by Google

nicamus eo in ſenſu. Quæ humanitatis officia iis indulgemus, iis non proſunt, nec his cum iis vlla communio conciliatur. *Curatio funeris, conditio ſepulturæ, pompa exequiarum, magis viuorum ſolatia ſunt, quam ſubſidia mortuorum,* verba ſunt *c. 22. C. 13. qu. 2.* vbi ſimul additur: *Si aliquid prodeſt impio ſepultura pretioſa, oberit pio vilis aut nulla.* Nec *communio cœmeterii* vllam *cum defunctis communicationem* induit, cum nec ex *ſitu loci* aliquid beneficii defuncto conferri credamus, ſed hæc ipſa ſint *loca publica ſepeliendis cadaueribus deſtinata.*

Nihilominus tamen hæc excommunicatio inter nos non plane ceſſat.

§. XVII. Sic ergo forſan omnis *excommunicatio mortuorum,* **der Todten-Bann,** prorſus apud nos ceſſat, nec vllus a cœmeterio excluditur? Ita quidem, ſi cohærentem iuris eccleſiaſtici prudentiam haberemus, dicendum foret. Sed ex infinitis rerum argumentis liquet, concluſiones nos ex principiis reiectis, vel apud nos non vſitatis, retinuiſſe, nec ſatis ſolertes fuiſſe, vt vera a falſis, et quæ ſpeciem veritatis habent, a ſolidis eius fundamentis ſepararemus. Sic quoque etiam hanc *mortuorum excommunicationem,* **den Todten-Bann,** vt vulgato et vſitato verbo vtar, retinuimus, quamuis minime inde nobis imputandum, nos eandem in eodem cum Pontificiis ſenſu, retinuiſſe. Nihilominus tamen rationes quandoque inde petuntur. Id quod vt euidens fiat, ad duo potiſſimum dirigenda eſt oratio mea: I.) quiſnam de hac *excommunicatione* cognoſcat? II.) quibuſnam *communio cœmeterii* denegetur?

Cognitio de totali priuatione ſepulturæ ad Magiſtratum ſecularem ſpectat.

§. XVIII. Quod cognitionem de *ſepulturæ denegatione* concernit, duæ ſunt ſeparandæ quæſtiones: aut enim quæſtio eſt, de *totali denegatione ſepulturæ,* aut tantum de *denegatione communionis cœmeterii.* Prior indubie ſpectat ad *Magiſtratum ſecularem,* criminali Iuriſdictione munitum. In pœnam grauioris delicti, a Ro-

Digitized by Google

a Romanis ſepulturam cadaueribus denegatam fuiſſe, conſtat ex *tit. D. de cadau. punit.* Punitorum cadauera non humabantur, niſi ſepultura petita et impetrata fuiſſet, *l. 1. D. l. c.* quod vel exemplo Saluatoris noſtri conſtat, cuius corpus Ioſephus Arimatheenſis a Pilato per preces obtinuit. Maieſtatis damnati, famoſi latrones, aliique ſcelerati, prorſus excludebantur a ſepultura in terrorem criminum. Eleganter ſane ICtus in *l. 28. §. 15. D. de Poen.* ideo furca figendos latrones placuit, *vt conſpectu deterreantur alii ab iiſdem facinoribus.* Fuiſſe autem hoc re vera partem *pœnæ*, eleganter declarat SVETONIVS *in vit. Veſpaſ. c. 2.* referens: hunc Imperatorem adhuc in Prætura conſtitutum, *pœnæ coniuratorum addendum cenſuiſſe, vt inſepulti proiicerentur*, quod multis aliis locis illuſtrat KIRCHMAN *de funer. Rom. in append. c. 4.* Quamuis vero hodie non indiſtincte cadauera punitorum ſepultura priuemus, vtplurimum tamen ſuſpendio vel rota affecti inſepulti relinquuntur. CARPZ. *P. III. pr. crim. qu.* 137. *n.* 70. et *qu.* 101. *n.* 19. Et hoc quoque ad cognitionem Iudicis, criminali iuriſdictione præditi ſpectare, IDEM contendit *q.* 131. *n.* 34. aſſerens: iudicem *ex iuſta cauſſa* in cadauer eius, qui in reatu ante ſumtum ſupplicium deceſſit, animaduertere poſſe, id quod plenius in ſequentibus declarat, docetque id non eſſe prorſus arbitrarium, ſicut nec *pœnæ* in genere ſunt in manu et arbitrio iudicis. Verum cum de hac materia hic tantum *incidenter*, et non ex *profeſſo* agam, ei vlterius me immittere nolo. Conf. interim KVLPIS *de iure circa cadau. occiſ.*

§. XIX. Primaria ergo ſupereſt quæſtio: *Cui foro debeatur cognitio de admittenda vel denegenda cœmeterii communione ſeu ſepultura eccleſiaſtica?* Apud Romanæ eccleſiæ Doctores, res extra dubium

Cui excluſio a cœmeterio competat, non clare definiunt noſtrates.

um poſita eſt, iudicii eccleſiaſtici cognitioni hanc cauſſam eſſe reſeruandam, cum ſit *excommunicationis* ſpecies. Inter Proteſtantes maiora oborta ſunt dubia, in diuerſas ſententias Doctorum mentes trahentia. CARPZOV. *Lib. II. Iuriſpr. Conſiſtorial. def.* 378. *n.* 6. cognitionem hanc Conſiſtoriis tribuere videtur, ſolum eo in caſu, quando de *carimoniis* aliquid remittendum. Huc etiam collineare videtur ratio, quam *cit. l. def.* 382. *n.* 6. 7. adfert, *quod beneficia eccleſiæ denegari debeant defunctis, qui adhuc viuentes ſua ſponte a communione et beneficiis abſtinuerunt.* Denique *Lib.* 1. *def.* 10. ius ſepulturæ accenſet *iuribus Epiſcopalibus*, quod immediate et ſimpliciter ad eccleſiam ſpectet, cum etiam *cœmeteria* eccleſia ſibi vindicet, et conſequenter quoque ius ſepulturæ ab ea impetrandum ſit, quem in finem in pleriſque *ordinationibus eccleſiaſticis* etiam de *ſepultura* et *cœmeteriis* agitur. Similiter SCHILTER. *Lib. II. iur. Can. tit.* 14. §. 4. cenſet, *conceſſionem ſepulturæ ad poteſtatem eccleſiaſticam* pertinere, ex quo inferri poteſt, idem quoque de denegatione eſſe dicendum. De hac tamen ſententia iam olim notaſſe videtur ZIEGLER. *in not. ad Lancell. Lib.* 2. *tit.* 24. §. 11. aſſerens, *denegationem ſepulturæ boneſtæ, non præciſe pertinere ad claues eccleſiæ, cum potius ſit animaduerſio in eos, qui iam per poteſtatem clauium notati ſunt.* Eandem videtur profiteri ſententiam BERGERVS *in oecon. iur. Lib.* 2. *t.* 1. §. 3. *not.* 8. *p.* 210. et, *nota*, ait, *cognitionem de honeſte funerando, eſſe Magiſtratus Politici; at cognitionem de carimoniis in funere adhibendis, eccleſiaſtici.* Sed tamen non ſatis determinat, quid per *honeſtam* intelligat *ſepulturam*, et *inhoneſtam*, et an non potius *caninam*, vel *priuationem omnis ſepulturæ* intelligat. Eum magis in hanc inclinare ſententiam, colligo ex *not.* 1. *cit. l. p.* 208. vbi definit *inhoneſtam*, additque quod fiat cauſſa cognita a Conſiſtorio.

rio. STRYKIVS *in Vſ. Mod. ad tit. de relig. et ſumt. fun.* eodem cum BERGERO modo diſtinguere videtur, atque, *poteſtatem diſponendi de funere, an honeſte quis ſepeliendus ſit vel non? mere Politicam eſſe, nec ad Conſiſtorii cognitionem directo pertinere. Denegatio enim,* addit, *ſepulturæ honeſtæ pœna eſt, quam non infligit, niſi qui ius cognoſcendi de crimine commiſſo, illudque puniendi habet; atqui vero hoc ad magiſtratum politicum pertinet. Poteſtas vero de cærimoniis in funere adhibendis, de concionibus funebribus ordinandis et aliis ad liturgiam pertinentibus, ſpectat ad iudicium eccleſiaſticum.* Verum quæ circa BERGERI ſententiam monui, etiam hic monenda ſunt. Vtplurimum quæſtionem: *an quis ſit in cœmeterio ſepeliendus nec ne?* ad *liturgica* referunt, et eius cognitionem Conſiſtorio demandant. Quod vero magiſtratui Politico tribuitur, cognitionem, *an quis ſepultura plane priuandus ſit nec ne?* reſpicit, prout STRYKIVS *cit. l.* hæc addit: Alias vero, *an quis ſepeliendus ſit vel non, magiſtratus Politicus cognoſcet.* Inde euidens eſt, Auctorem tantum *priuationem totalem ſepulturæ in pœnam,* magiſtratui Politico conceſſiſſe. Aſt denegatio *communionis cœmeterii* non eſt *priuatio ſepulturæ* in genere, ſed tantum *eccleſiaſticæ,* quæ tum ex *loco,* tum ex *liturgiis* denominatur, cuius cauſſa fere ab omnibus vindicatur Conſiſtorio. Et vt binis verbis dicam: *priuationem ſepulturæ,* quorſum etiam *aſininam* et *caninam,* quæ fit vel ſub *patibulo,* vel in loco, vbi cadauera brutorum condi ſolent, conferre videntur ad cognitionem Magiſtratus politici; eccleſiaſtici vero ſubiiciunt *inhoneſtam ſepulturam* ſimplicem, quæ fit abſque *concurſu Cleri et populi extra cœmeterium,* in loco alias non inhoneſto. *Nempe,* ait CARPZ. *Lib. II. Iuriſpr. Conſiſt. def.* 382. *n.* 3. *pro ratione circumſtantiarum, defuncti licet non canina aut aſinina, attamen ignominioſa extra cœtum pie defunctorum officiuntur.*

Plerique cognitionem Conſiſtorio deferunt.

Cum ſit excommunicationis ſpecies et pœna eccleſiaſtica.

§. XX. Cum hac ſententia fere conſpirat praxis omnium Conſiſtoriorum Germaniæ inter Proteſtantes, et cur non conſpiraret, cum *denegatio ſepulturæ eccleſiaſticæ* ex hactenus dictis ſit *excommunicationis* ſpecies? *Quibus enim non communicamus viuis, nec mortuis communicare debemus.* In cœmeterio, iuxta verba CARPZOVII iamiam adducta, eſt *cœtus pie defunctorum*, quibus minime aſſociandi infideles, excommunicati, aliiue ſcelerati, vtpote quibus viuis non communicauimus. Si dicis, nos non facere *oblationes pro defunctis*, nec ſacrificium, nec orationes, multo minus cœmeteriis noſtris ineſſe ſanctitatem ea eſſe loca publica ſine tali qualitate, ſepulturæ deſtinata, denegationem *ſepulturæ eccleſiaſticæ* eſſe ſpeciem *pœnæ*, a magiſtratu politico exercendæ; in promtu eſt reſponſio noſtratium, eſſe tamen *beneficium eccleſiæ*, recipi in cœmeteria, cum ritibus conſuetis, inter confluxum Cleri et Populi; liturgiam celebrari in ipſa funeris deductione, cuius beneficii illi participes fieri non debent, quibus viuis *non communicauimus h. e. in conſortio religionis viximus*; ineſſe huic denegationi *excommunicationem* den Todten-Bann, quam exercet Conſiſtorium, hanc ipſi eſſe quidem pœnam, ſed *eccleſiaſticam.* Ita quicquid noſtrates corradere poſſunt, adferunt, vt quamuis rationes iuris Canonici a noſtris abhorreant moribus, principium tamen, quod eas produxit, retineant. Nec hoc adeo mirandum, cum noſtra Conſiſtoria in pleriſque efformata ſint ad imaginem iudiciorum eccleſiaſticorum Pontificiorum.

Inde eſt, quod nec hodie cadauera puni-

§. XXI. Quibus vero *communio cœmeteriorum* ſit concedenda, quibus deneganda, facile itidem ex antea adductis colligi poteſt fundamentis. Scilicet, *quibus communicauimus viuis,*

Digitized by Google

viuis, etiam his mortuis communicare debemus, et beneficia eccleſiæ indulgere. Liceat ita philoſophari cum communi Dd. ſchola, vt praxin eo rectius intelligamus. Olim in *Concilio Moguntino* quæſtio fuit mota: an ſuſpendio puniti ſepultura eccleſiaſtica humandi ſint? Reſpondent Patres in *c.* 30. C. 13. *qu.* 2. hoc modo: *quæſitum eſt ab aliquibus fratribus de his, qui in patibulis ſuſpenduntur pro ſuis ſceleribus, poſt confeſſionem Deo peractam, vtrum cadauera eorum ad eccleſias deferenda ſint et oblationes pro iis offerendæ? Quibus reſpondimus, ſi omnibus de peccatis ſuis puram confeſſionem agentibus et digne pœnitentibus communio in fine ſecundum canonicum iuſſum danda eſt, cur non eis, qui pro peccatis ſuis pœnam extremam perſoluunt?* Similiter in *can.* 31. *ibid. et c.* 2. *X. de furt.* de furibus et latronibus ita cautum: *Fures et latrones ſi in furando et deprædando occidantur, viſum eſt pro eis non eſſe orandum, ſed ſi comprehenſi, aut vulnerati presbytero vel Diacono confeſſi fuerint communionem eis non negamus.* De *raptoribus* idem formatur iudicium *in cap.* 5. *X. de raptor.* additurque quod, accepta pœnitentia, in cœmeterio poſſint ſepeliri. Nec hodie cadauera punitorum *indiſtincte* ſepultura in cœmeteriis priuantur, maxime eorum, qui gladio aut ſuffocatione in aquis puniti ſunt. CARPZ. *prax. crim. qu.* 137. *n.* 69. aut in foro publico ſuſpenſi; qui extra vrbem rota aut patibulo afficiuntur, omni ſepultura priuantur in terrorem aliorum. ZIEGLER *ad Lancell. Lib.* 2. *tit.* 24. §. 13. Prouocat etiam hic HEIGIVS *P.* 2. *qu.* 37. *n.* 22. ad rationem iuris canonici: *Nam qua ratione*, ait, *illis ſacramentorum vſus viuentibus permiſſus fuit, eadem et ſepulturæ communio concedenda eſt.*

torum indiſtincte a cœmeteriis excludantur.

§. XXII. E contrario illis deneganda *communio cœmeterii*, cum quibus viuis ſpiritualiter communicare non licuit. Proinde

A cœmeterii communione

Digitized by Google

excluduntur 1) pagani.

inde 1) infideles h. e. *Iudæi*, Turcæ, aliique Idololatræ cœmeterio haud inferuntur, ſed vel locum ſeparatum habent, vel extra cœmeterium conduntur prope eiuſdem marginem. Pontificii adeo a tali ſepultura abhorrent, vt eccleſiam vel cœmeterium ex illatione huius cadaueris pollui ſtatuant. PETR. FRANCIS. PASSERINVS *de pollut. eccleſ. diſp.* 8. *c.* 1. *et* 2. Hac de re olim ita cenſuere Patres *concilii Aurelianenſis in c.* 27. *de conſecrat. D.* 1. *Eccleſiam, in qua paganus ſepultus eſt, non liceat conſecrare, neque miſſas in ea celebrare, ſed iactari foras et mundari oportere.* Similiter in *c.* 28. *ibid.* eadem ſententia confirmatur: *eccleſiam, in qua mortuorum cadauera infidelium ſepeliuntur, ſanctificare non licet; ſed ſi apta videtur ad conſecrandum, inde euulſis corporibus et raſis parietibus vel tignis eius loci, readificetur: ſed ſi hæc conſecrata antea fuerit, miſſas in ea celebrare licet, ſi tamen fideles fuerint, qui in ea ſepulti ſunt.* Ecce quam grauiter *communicationem cum his cadaueribus* fugiant! Equidem *pollutionem* talem, ex intima ſuperſtitione productam, non agnoſcimus, cœmeteria *benedictione* haud initiamus, nec commercium tale aut communionem cum cadaueribus ſtatuimus; interim tamen, nec paganorum aut infidelium cadauera noſtris inferri cœmeteriis patimur. Etiam apud nos Iudæi habent ſua cœmeteria. Noui, hinc inde Turcas, in ſuis erroribus defunctos, extra cœmeterium ſepultos fuiſſe. Sic maiorum noſtrorum moribus viuimus, vtut eorum rationes apud nos ceſſent. Non tam ſtricte tamen et rigoroſe hoc vtimur iure, præſertim cum *pollutionem*, vt figmentum inane et cerebrinum, reſpuamus. Exiſtimamus hoc eſſe arbitrarium, et pro re nata ab hoc more recedi poſſe. Illuſtrat hoc egregio exemplo METERANVS *Lib.* 23. *ann.* 1601. *p.* 165. quem refert

Praxis proteſtantium.

SCHIL-

Digitized by Google

SCHILTER. *in prax. iur. Rom. ex.* 21. §. 32. quo cum ineunte Sæculo XVII. Rex Summatræ Mahumedanus legatos ad MAVRITIVM Principem mitteret, et primarius Mittelburgi fato functus eſſet, nihilominus honorifice eum et quidem in loco ſacro auf dem alten Kirchhof ſepultum fuiſſe, teſtatur.

§. XXIII. Proxime 2) infidelibus accedere dicuntur *hæretici*, cum quibus prorſus communicare, ſub pœna excommunicationis, haud licet. In *Concil. Lateranenſ.* iuxta *c.* 8. *X. de hæret.* damnati ſunt *Gazari* hæretici, de quorum ſepultura hæc *decernunt* patres: ***Si autem in hoc peccato deceſſerit, neque ſub priuilegiorum noſtrorum quibuſcunque indultorum obtentu, neque ſub alia quacunque occaſione oblatio pro eo fiat, aut inter Chriſtianos accipiet ſepulcrum.*** Quin quod etiam horum cadaueribus pollui dicantur cœmeteria, reconcilianda *aſperſione* ſolemniter benedicta *c.* 7. *de conſecrat. eccleſ.* Grauior adhuc pœna imminet eis, qui tales *eccleſiaſticæ ſepulturæ* tradere auſi fuerint, vtpote qui iuxta *c.* 2. *de hæret. in* 6. vſque ad ſatisfactionem idoneam excommunicationis ſententiæ ſubiacent, nec *abſolutionis beneficium merentur, niſi propriis manibus publice extumulent et proiiciant huiuſmodi corpora damnatorum*; *ipſe locus vero ſepultura perpetua carere debet.* Proteſtantes nonnulli ſaniori vtuntur ſenſu, nec hæreticos a cœmeteriis arcendos eſſe cenſent, ducti exemplo MARCIANI Imperatoris, qui in *l.* 9. *C. de hæret. et Manichæ.* cenſuit, *humanum et pium eſſe, hæreticos ſepeliri legitimis ſepulturis*, quorſum etiam PHOTII *nomocan. tit.* 12. *cap.* 2. collineat, ex iure veteri confirmans, *legitimis hæreticos tradendos eſſe ſepulturis* vid. IVSTELLVS *in bibliothec. iur. can. vet. p.* 1064. conf. CRANIVS *in diſſ. de conſtit. relig. P.* 2. *prob.* 6. Id ipſum nouit SPONDANVM, vt tractatum *de cœmeter. ſacris,*

2) hæretici.

Proteſtantes quidam contrarium aſſerunt.

huius erroris putatiui refellendi cauſſa, ſcriberet, maxime contra Proteſtantes, ſi credimus GONZALEZIO *ad c.* 12. *X. de ſepult. n.* 7. vbi potiſſimum noſtrates arguit, quod aſſerant, hæreticos non eſſe *iure ſepulturæ eccleſiaſticæ in cæmeteriis* priuandos, cum tamen cum ipſis nulla communicatio in vita permiſſa fuerit. Equidem non neceſſe eſt, contra SPONDANVM et GONZALEZIVM certamen ſuſcipere, poſtquam in principio *communicationis* magnopere diſcrepamus, et antequam in eo conueniamus, ad hanc concluſionem deuenire non poſſumus. Immo adhuc præiudicialis ſupereſt quæſtio, an Proteſtantes omnes tam conſtanter et ſerio hanc concluſionem repudient? CARPZOVIVS ſane admodum fauet doctrinæ, quam defendit contra Proteſtantes SPONDANVS. Is enim *Lib.* 2. *Iuriſprud. Conſiſt. def.* 383. *n.* 10. *ſeq.* diſtinguit inter hæreticos *ſimpliciores* et *pertinaces*, illis quidem non denegat ſepulturam in cœmeterio, vt tamen remiſſiores ſint cærimoniæ: his vero omnem fere honeſtam denegat, *quo prærogatiua relinquatur piis et orthodoxæ religioni addictis, et ne in morte nimis honorentur, qui viui odio habiti fuerunt.* Quinam autem dicendi ſint *pertinaces hæretici?* non addit, ſine dubio autem eos ex principiis iuris Pontificii definiendos eſſe credit, quod hac diſtinctione etiam vtitur. Optandum omnino foret, vt nunquam hæc deciſio, ICto tam eximio, excidiſſet; præſertim cum eam ſpeciatim ad *reformatos* applicet, addatque Reſcriptum Conſiſtorii ſupremi Dreſdenſis, quo Reformatæ Religioni addicto ſepultura eccleſiaſtica denegata, et mandatum, daß er ohne Ceremonien auf einem Kirchhof vor der Stadt beyſeits an der Mauren möge begraben werden. Locus prope murum inhoneſtior creditur, adeoque licet adhuc tali non

***An** omnes* ***Pro**teſtantes* ***idem** ſentiant?*

fue-

fuerit negata ſepultura in cœmeterio, in eo tamen loco tantum permiſſa, qui inhoneſtior ex vulgi opinione creditur, et in effectu, vt aperte et ſine fuco loquamur, reformato inter Proteſtantes, puriori doctrinæ deditos, ſepultura eccleſiaſtica denegata eſt. Si certamen SPONDANO cum CARPZOVIO fuiſſet, credo eos facile componi potuiſſe, quia aut plane non, aut parum inter ſe diſſentiunt. Audiamus CARPZOVIVM, apertius mentem ſuam *Def. ſeq. n.* 2. *ſeq.* declarantem, et de *pertinacibus* h. e. qui conuinci non potuerunt, vt ad noſtra tranſirent ſacra (nemo enim ſcienter errat niſi inſanus) ita loquentem: *Licet enim hi poſteriores adhuc viuentes a noſtrarum eccleſiarum conſortio ſe ipſos ſegregantes, poſt mortem aſinina digni habeantur ſepultura, attamen qui ex ſimplicitate errant, et in ſua ſimplicitate hinc diſcedunt, honeſto non debent priuari funere, ademtis licet vel attemperatis ſaltem cærimoniis conſuetis.* Quis crederet ICtum Proteſtantem tam horride philoſophari, hæreticosque, quos *pertinaces* dicit, dignos exiſtimare, qui *aſinina* ſepeliantur *ſepultura!* Craſſiora vix reperire potui in ſcriptis Pontificiorum, quorum tamen principio, quod reprobamus, magis hæc doctrina cohæret. Si omnes CARPZOVII doctrina eſſent innutriti, SPONDANVS fruſtra contra nos diſputaſſet, quippe quos potius redarguere poſſet, nos adhuc magis barbaros quam ipſos Pontificios eſſe. Verum ea conſilia tum ferebant illa tempora, nil niſi odium contra reformatos, de quibus loquitur CARPZOVIVS, ſpirantia, a quo ſaniores Deus liberauit.

Carpzouii craſſior philoſophia.

§. XXIV. Excuſandus tamen CARPZOVIVS, eo quod Theologorum doctrinam ſecutus videatur. In DEDEKENNI *Conſil, vol.* 1, *in append, de miniſter. ſect.* 7. *n,* 7. referſer-

Theologorum Proteſtantium ſententia.

ſertur IO. GERHARDI iudicium, ex *Tom. VIII. Loc. theol.* petitum, vbi copioſe hanc quæſtionem examinat, et ſtatum controuerſiæ format de *omnibus proprie dictis hæreticis* (quos tamen non definit) eisque denegat *Chriſtianam et honorificam funeris ad cœmeterium deductionem* ex variis rationibus, quibus etiam rationem Romanæ eccleſiæ addit: *Quodſi ergo pii in vita ſe debent ab impiorum conſortio ſegregare, vtique etiam poſt mortem non cum illis communicare, honorifica ſepultura eos cohoneſtando, ſed facto ipſo demonſtrare, quod perfecto odio eos perſequamur, Chriſtianorum ſepulturam iis denegando.* Immo expreſſius prouocat ad *c.* 12. X. *de Sepult.* ſupra relatum, et hunc textum repetit, approbatque docendo: *quibus non communicauimus viuis, nec defunctis communicandum eſſe.* Vides ergo CRANII doctrinam ſupra relatam a ICtis pariter et Theologis magni nominis reprobari, et ſic praxin Proteſtantium non adeo diſcrepare a doctrina Romanæ eccleſiæ ſupra relata. In eo tamen quidam videntur mitiores eſſe, quod *cærimonias eccleſiaſticas* quidem hæreticis denegent, (quod non adeo improbandum,) non tamen locum in *cœmeteriis*, modo prope murum, in loco inhoneſtiori, ſepeliantur. Scio tamen, quoſdam etiam *cœmeterii communionem* hæreticis denegaſſe, cum etiam hæc ad *Chriſtianam et eccleſiaſticam ſepulturam* ſpectet. Compertum habeo ex actis in loco quodam, ſacris alias purioribus addicto, deceſſiſſe virum, qui antea quidem bacchanalia vixerat, graui vero morbo affectus, ad ſaniorem adeo redierat mentem, vt, vita prorſus mutata, honeſtum ac religioſum ſe omnibus probaret. Quo ipſo tamen, dum in ſuſpicionem hæreticæ prauitatis incideret, de ſepultura eius, poſt fata hæſitatum fuit, quibuſdam opinantibus, eum extra cœmeterii ambitum eſſe ſepeliendum, do-

nec

Digitized by Google

nec tandem vidua obtineret, vt cadauer ſine vllis cærimoniis ſepeliretur.

Per Inſtrumentum Pacis hoc applicari nequit ad eum, qui approbatæ in imperio Religioni eſt addictus.

§. XXV. Hac de cauſſa Pontificiis olim occaſio data eſt, noſmet proprio jugulandi gladio, nobisque honorem ſepulturæ, ante pacem religioſam, denegandi, immo etiam poſt ipſam. Licet enim recte negemus, nos eſſe hæreticos, illis tamen videmur tales eſſe, licet nobis tales non ſimus. Recte ait SALVIANVS *Lib. V. de gubern. Dei: Hæretici ſunt, ſed non ſcientes. Denique apud nos ſunt hæretici, apud ſe non ſunt; Nam in tantum Catholicos ſe eſſe iudicant, vt nos ipſos titulo hæreticæ appellationis infament. Quod ergo illi nobis ſunt, hoc nos illis.* Non potuere ergo non nobis *communionem cæmeteriorum* denegare, et adhuc denegant extra Germaniam, quia quod illi nobis ſunt, hoc nos illis, et quod iuſtum nos arbitramur in genere in hæreticos, illi quoque olim erga nos iuſtum eſſe cenſuere, quippe quibus *hæretici* viſi ſumus. Neceſſe proinde fuit, huic inconuenientiæ medelam afferre, poſtquam tres Religiones in Imperio ſunt approbatæ, et ſic quoad *effectus ciuiles* pro *orthodoxis* declaratæ. Inde cautum in *I. P. art. V.* §. 35. quod ſubditi, alterutri ex his approbatis religionibus addicti, deſpicatui non haberi, *multo minus publicis cæmeteriis honoreue ſepulturæ arceri debeant.* Vtrum Catholici hac in reſponſionem publice datam ſeruauerint, AVCTORIS illuſtris *medit. ad I. P. cit. l. p.* 621. verbis magis, quam meis declarabo. *Iam vero,* ait, *ſi quicquam eſt, quod apud Pontificios peſſima fide ſeruatur, hoc ſane eſt capitulum, de honore ſepulturæ: quanquam hoc ipſum eius ſit generis, vt ſeruari maxime poſſet et deberet, cum quod prouerbio dicitur, canes mortui non mordeant amplius, et homines odia poſt mortem inimicorum non ſoleant exercere, niſi fuerint extreme mali et perditi. Et*

profecto gentiles etiam nos hac in re multis modis humanitatis officiis vincere, qui honeſtam ſepulturam hoſtibus etiam negare velle contra ius diuinum humanumque eſſe ſemper credidere. Enim vero videmus quotidie iis locis, vbi Pontificii rerum potiuntur, neque Proteſtantes ſubditi ius ſepulturæ ex poſſeſſione anni 1624. *habere, ſi quis eorum, aut peregrini forte deceſſerint, feros illos et immites nullo modo adduci poſſe, vt mortuis locum aliquem ſuis in cœmeteriis, quo humentur corpora, darent etc.*

Non habito reſpectu anni decretorii.

§. XXVI. Notabile ſane eſt, in hoc §. 35. *I. P.* generatim *honorem ſepulturæ* aſſignari eis, qui vnam ex tribus approbatis profitentur religionem, non habita ratione, an *cœmeterii ius* anno 1624. habuerint nec ne? Vnde ne quidem peregrini eſſent honore ſepulturæ priuandi, ſi vel maxime nullum religionis ſuæ exercitium ibi habuerint. Equidem ius ſepulturæ *annexum exercitii religionis* liberi habetur; ſed, vt ego quidem exiſtimo, hoc tantum ſenſu, vt proprium cœmeterii exſtruendi ius habeant, qui publico fruuntur religionis exercitio, non vero vt ab omni cœmeterio excludi debeant, qui anno 1624. nullum religionis exercitium ibidem habuere. Hinc admodum friuola lis fuit, quam recitat FABER *Tom. V.* der Staats-Canzley: *p. 6. ſeq.* immo nec hodie tales ceſſant, vti publica documenta teſtantur.

3) *infantes abſque baptiſmo decedentes.*

§. XXVII. Ex eadem ratione (III) *communionem cœmeterii* denegant *infantibus*, ante acceptum baptiſmum defunctis, cum baptiſmus demum ſit ianua, per quam in gremium eccleſiæ, et ſic in eius communionem, intramus. Ait AVGVSTINVS *in c. 142. de conſecrat. D. 4. Nullis præter baptiſmum Chriſti ſalus promittitur infantibus, quia infantes, ſi per ſacramentum, quod ad hoc eſt diuinitus inſtitutum, in credentium numerum non tranſeant,*

eant, profecto in tenebris manent. Inde denegant ſepulturam honeſtam infantibus non baptizatis. DVRANDVS *in ration. div. offic. Lib. 1. c. 5. n. 14. et 15.* WIESTNER *in Inſtit. iur. Can. ad tit. X. de ſepult. art. 1. n. 3.* In hac concluſione communiter Proteſtantes recedunt a praxi Pontificiorum, quod STRYK *in not. ad Brunnem. ius eccl. Lib. 2. c. 2. §. 12. voc. ad loca religioſ.* inde deducit, quod inter nos ceſſet *conſecratio cæmeteriorum.* Quamuis, ſi hæc vnica ratio attenderetur, plures aliæ concluſiones ceſſare deberent. Apud DEDEKENN. *cit. l. n. 3.* occurrit **die Nieder-ſächſiſche Kirchen-Ordnung**, vbi ita cautum eſt: **Endlich wollen wir auch uns mit unſern Chriſtlichen Begräbniſſen von den Papiſten hie abſondern, daß wir mit nichten wollen zulaſſen, daß die ungetauften Kinderlein, ſo etwa in Mutterleibe gelebet, und todt auf die Welt gebohren, mit der Eltern und fürnemlich der Mutter ſchmertzlicher Traurigkeit und Anfechtung nicht ſollen Chriſtlich begraben werden.** *In Ordin. Vinar. eccl. Lib. 2. c. 17. n. 9.* de his ita cautum eſt; **ſo ſollen hinführo die Pfarrer und Kirchen-Diener, ſolche Kinder (die todt auf die Welt gekommen) nicht weniger als die andern, mit Chriſtlichen Ceremonien, nach jedes Orts Gebrauch zum Begräbniß begleiten und bey andern Chriſten zur Erden beſtatten.** Quid de iis ſtatuendum ſit, qui viui nati, ſed ante baptiſmum morte prærepti ſunt, nihil decernitur.

Praxis Proteſtantium contraria.

§. XXVIII. Maior ratio dubitandi eſt, quid dicendum in caſu, ſi Catholici et Aug. Conf. addicti communi cœmeterio vtantur, et illi infantes ſuos non baptizatos in loco ſeparato terræ mandent, vtrum etiam A. C. addictos, vt eodem iure vtantur, adigere poſſint? Quæſtio hæc fuit mota in Campidonenſi Diœceſi, vbi A. C. addictis Grönebachenſibus, qui com-

Si Proteſtantes cum Catholicis commune cæmeterium habent, infantes nondum baptizatos recte in eo ſepeliunt.

communi cum Catholicis vtuntur cœmeterio, Catholici id imponere voluerunt; quod tamen illi recuſarunt, vti referunt in memoriali, comitiis Imperii anno 1699. oblato, apud FABRVM in der Staats-Cantzeley *Tom. V. p. 7.* ita edifferentes: daß die in dem Gronebachiſchen unfrölich-gebohrne Kinder nacher Herbißhoffen bisheto getragen worden, iſt allein amore pacis et tranquillitatis geſchehen, jedoch mit zierlichſter proteſtation und reſeruation de non præiudicando, indem die Catholiſche Gemeinde uns zugemuthet auf unſerm Gemeinſamlich habenden Kirchhof zu Grönebach und Zell die ungetauften Kinder, gleich denen ihrigen in das abſonderliche dazu gewidmete zu legen, welches aber wieder unſere Gewiſſens-Freyheit ſtreitet, indem unſere Religion mit ſich bringet, daß denen ungetauften Kindern, um ihrer gläubigen Eltern willen, wenn kein contemtus ſacri baptiſmi mit einlauffet, die Seeligkeit nicht abzuſprechen, und wir daher ſchuldig ſind, ſie gemeiner Chriſten-Sepultur zu würdigen, welches ſo wenig als unſer Glaubens-Bekäntniß und übriges Religions-Exercitium ſelbſten verwehret werden kan. Fundant ſe porro *in Art. V. I. P. §. 31.* quod liberum religionis exercitium iuxta ſtatum anni 1624. *vna cum annexis* retinere debeant, et inde inferunt: nach welcher conſtitution wir dann in alle Wege auch bey dem iure ſepeliendi vtpote annexo cultus religionis werden zu laſſen, und auf denen Kirchhöfen zu Grönebach und Herbetshöffen die ungetauften Kinder wie vor Alters her, alſo hinfürter inter baptizatos et adultos zu begraben berechtiget ſeyn. Sane ſi ſecundum *art. V. §. 48. I. P.* A. C. addictis nihil iniungi poteſt, conſcientiæ aut A. Confeſſioni repugnans, nec hoc iis imperari poteſt, vt infantes nondum baptizatos, ad inſtar infidelium et paganorum, ſepultura eccleſiaſtica priuent.

§. XXIX.

Digitized by Google

§. XXIX. Primario vero IV) *excommunicatos a communione cœmeteriorum* excludunt, ac ab omni honore ſepulturæ arcent. In *c. 5. X. de Priuil.* mandat Pontifex Hoſpitalariis, *vt ſi quos in excommunicatione defunctos in cœmeteriis eccleſiarum ſepelierint, eos extra cœmeteria eiiciant.* Idem quoque inculcatur *in c. 24. X. eod.* et *c. 8. eod. in 6.* adeo, vt nullum priuilegium, monaſteriis forſan datum, attendi debeat in contrarium; et, ſi in cœmeteriis cadauera excommunicatorum ſepulta ſint, tanquam *polluta* reconciliari debeant. *c. 7. de conſecr. eccl.* de quo plenius, ex doctrina Canoniſtarum agit PASSERINVS *de pollut. eccleſ. diſp. 8. c. 2. ſeqq.* His enim a potiori poteſt applicari regula iuris Canonici: *Quibus non communicamus viuentibus, iis nec defunctis communicare debemus;* immo, his fere vnice olim denegata fuit eccleſiaſtica ſepultura, vti colligitur ex *c. 3. C. 24. qu. 2.* adeo, vt quamdiu in cœtu fidelium, impii licet, tolerati fuerint, pro eorum anima oblationes ſint receptæ. De pœna eorum, qui excommunicatos in cœmeteriis ſepeliunt, agitur in *Clem. 1. de Sepult.* quam plenius illuſtrat inter Romanæ Eccleſiæ Dd. IOSEPHVS GIBALINVS *de ſacra iuriſdict. in ferend. pœn. et cenſ. eccleſ. diſqu. 7. q. 2. p. 223. ſeq.* in quam materiam me vlterius haud diffundam. Ab hac doctrina non adeo recedunt mores eccleſiarum noſtrarum; ſiquidem in *Ordin. Eccleſ. Elect. Sax. art. gen. 11.* expreſſe cauetur: Im Fall, da die excommunicirte Perſon ohne Beſſerung aus deſſen Leben abſchiede, ſo ſoll das Pfarr-Volck nicht bey dem Begräbniß ſeyn, ſondern ſie ohne gebührliche ceremonien durch die beſtallten Todten-Gräber, doch auſſerhalb des Kirchhofes, als ein abgeſchnittenes Glied der H. Chriſtl. Kirchen, vergraben laſſen. Idem iiſdem verbis repetitum, in *Ord. eccl. Vinar. Lib. 2. c. 27.* vbi

4) Excommunicati.

Etiam inter Proteſtantes.

vbi in fine hæc additur ratio: Daß es unmöglich, daß ein excommunicirter, wenn er in ſeinen Sünden ſtirbet, ſelig werden könne. In *Ord. eccl. Magdeb. c. 22. §. 30.* de excommunicatis hæc cauta ſunt: Und iſt auſſer allem Zweifel, wenn einer, ſo excommuniciret, und bey der Kirchen in geiſtl. Bann gethan, ohne Erkäntniß ſeiner Sünden dahin ſterben würde, daß Er als ein abgeſchnittenes Gliedmaß der Kirchen an einem ſonderen Ort, ohne ceremonien, ſoll begraben werden, und niemand der Leiche folgen, als dem es von der Hohen Landes-Fürſtl. Obrigkeit, Regierung und Conſiſtorio erlaubet und befohlen wird.

5) *Qui in torneamentis pereunt.*

§. XXX. Inſuper V.) ſepultura eccleſiaſtica et communione cœmeterii priuantur, qui in *torneamentis* perierunt. *c. 1. et 2. X. de Torneam.* Fuiſſe hos ludos militares, olim vſitatos, certis legibus munitos, notiſſimum eſt, conſtatque ex iis, quæ de his legibus tradunt Scriptores a MAVRITIO *de duell. §. 28.* laudati. Hos aliter exſtirpari non poſſe, credidit Pontifex, quam ſi his, qui in torneamentis perierant, denegaretur *ſepultura eccleſiaſtica,* vnde tandem in deſuetudinem abierunt. Maior ratio eſt VI.) eorum, qui in *duellis* perierunt, quibus, ex multorum Pontificum decretis itidem *ſepultura eccleſiaſtica* denegatur, et quidem eo magis, quo fœdior et abominabilior hæc reipublicæ eſt peſtis. Pontificum conſtitutiones adducit CARAFFA *tr. 2. de Duell.* Iam *ann. 855.* in *Concil. Valentino III. c. 12.* de eo, qui in ſingulari certamine periit, hoc cautum fuit: *vt tanquam ſui homicida et propriæ mortis ſpontaneus appetitor, a dominicæ oblationis commemoratione habeatur alienus, nec cadauer eius, iuxta ſacrorum canonum decretum, cum pſalmis vel orationibus ad ſepulturam deducatur.* In *Concilio Toletano* de *ann. 1473. c. 20.* ſimiliter ſancitum eſt; vt qui in ſingulari certamine

6) *Vel duellis.*

mine obierint, etiamſi ante obitum acceperint pœnitentiæ Sacramentum, careant ſepultura eccleſiaſtica et diuina officia pro ipſis non dicantur, nec oblationes admittantur. Repetierunt idem *Tridentini ſeſſ. XXV. de reform. c. 19.* ſtatuentes, *vt ſi in ipſo conflictu deceſſerint, perpetua careant eccleſiaſtica ſepultura.* Quemadmodum enim olim pro his, qui in manifeſto delicto perierant, oblationes non recipiebantur, nec preces fiebant, ita multo minus pro his, qui in tam deteſtando ſcelere occubuere. Eandem pœnam repetiere quoque Cæſarum et Principum conſtitutiones. In der Käyſerlichen *reſolution* auf das Reichs-Bedencken, wegen der *Duellen de 22. Sept. 1688.* §. da es dann weiters ꝛc. expreſſe ſancitur; denen Balgern aber, welche im *Duell* todt bleiben, ſoll kein Begräbniß in den Kirchen oder Freydhöffen zugelaſſen werden. In *mandato Duell. Auguſt. Reg. Boruſſ. de ann. 1688. art. VII. et 1713. art. 6.* ſepultura aſinina nonnunquam in duello occumbentibus decernitur, his verbis: Wann aber jemand von ſolchen frevelhaften Balgern auf dem Platz bleiben, und durch einen, von ſeinen Gegnern ihm angebrachten tödtlichen Schuß, Hieb oder Stich, ſein Leben verliehren und einbüſſen möchte, ſo ſoll der Cörper des Entleibeten, wenn er ein Ober-Officirer, Adelicher oder ſonſten diſtinguirter condition, entweder daſelbſt, wo ein ſo unglücklicher Duell vor ſich gegangen, oder an einen andern unehrlichen Ort von dem Schinder eingeſcharret, woſern es aber keiner von Adel andern zum Abſcheu und Exempel aufgehangen werden. Idem ferè placuit Potentiſſ. Regi Polon. in *Mandato de Duell. de ann. 1706. art. 30.* vbi: Im Fall einer oder beyde Duellanten, auf'n Platz blieben, oder an denen, bey der Action empfangenen Wunden, wenn ſie lethal befunden, verſterben, ſo ſollen die Cörper, wenn

es

es von Adel, und ſelbiger privilegien theilhafftige, auſſerhalb des Kirchhoffes oder an dem Ort, wo die Miſſethäter hingeleget werden, durch den Todten-Gräber in der Stille begraben, wenn ſie aber von geringerm Weſen und Stande, durch den Nachrichter fortgeſchleppet, und an den Galgen gehencket werden.

7) *Autocheiri.* §. XXXI. Hic proxime accedunt VII) qui ſibi violentas, ex deſtinato conſilio, inferunt manus, quibus in *Concil. Bracarenſi 1. c. 34.* relato in *c. 12. C. 23. q. 5.* denegata eſt ſepultura eccleſiaſtica his verbis: *Placuit, vt qui ſibi ipſis, voluntarie aut per ferrum, aut per venenum aut per præcipitium, aut per ſuſpendium, vel quolibet modo, violentam inferunt mortem, nulla prorſus pro illis in oblatione commemoratio fiat, neque cum Pſalmis ad ſepulturam eorum cadauera deducantur.* Ex multorum populorum moribus, hos omni ſepultura priuatos fuiſſe, docet GONZALEZ *ad c. 11. n. 5. X. de Sepult.* multo magis ergo, eccleſiaſtica priuari debuere. Nec hic praxis eccleſiarum noſtrarum a Romana diuerſa eſt, vt conſtat ex traditis CARPZOVII *Lib. 2. iuriſpr. Conſiſt. def. 376.* STRYKII *in not. ad ius eccl. Brunnem. Lib. II. c. 2. §. 12.* SCHILTERI *Lib. II. Inſtit. iur. Can. Tit. 14. §. 9.* et variis ordinationibus eccleſiaſticis. Ante omnia tamen conſtare debet, *peſſimo conſilio* hoc ſcelus perpetratum fuiſſe. Qui enim vel caſu pereunt, quale exemplum in *c. 11. X. de ſepult.* ſiſtitur, vel ex Melancholia, furore, phreneſi, aut morbi vehementia, ſemet ipſos occidunt, communione cœmeterii haud ſunt priuandi, vtut in cærimoniis quid remitti vel quandoque decerni ſoleat, vt, ſine externa pompa ſepeliantur. CARPZOV. *c. l. def. 377. et ſeqq.* Neque enim pro his olim eccleſia oblationes reſpuebat, nec communionem precum dene-

gare

gare poterat. Proinde in *Ord. Eccleſ. Magdeb. c. 12. §. vlt.* decernitur: vt, antequam tales ſepeliantur, ſolches durch die Pfarrer und Inſpectores, zu der Magdeburgiſchen Regierung und Conſiſtorii Cenſur gebracht werden, oder ſo es die Zeit leidet, zu der hohen Landes-Fürſtlichen Obrigkeit Arbitrirung und Erkäntniß ſtehen ſoll. Quid ſi quis *culpa* ſua periit, quales caſus triſtes plures eueniunt, an hi quoque iis, qui ſibi manus intulerunt, accenſendi? Ante aliquot annos ad Facultatem Iuridicam noſtram relatum fuiſſe caſum memini, quo iniuria a viliſſimo nebulone accepta præfecti alicuius bilem adeo commouerat et ſtomachum fecerat, vt in terram decidens ſubitanea ſtatim morte extinctus fuerit. Conſiſtorium loci, ſepulturam eccleſiaſticam defuncto negabat eo, quod ſibi *culpa ſua* mortem conſciuiſſe videretur. Cognati, grauiter eius honeſtam vrgebant ſepulturam, donec tandem, re ad Facultatem delata, per ſententiam ipſi ſepultura in cœmeterio conceſſa fuerit. Periit hic ſane infelici fato, nec ſine ſua quidem culpa, non fuit tamen proprie ſic dictus αὐτόχειϱ; neque enim, deſtinato animo, manu mortem accelerauerat, et, ſi tam acerbum ac rigoroſum iudicium eſſet ferendum, pleriſque ſepultura eccleſiaſtica foret neganda, cum plurimi fata ſua properare ſoleant, luxuria, triſtitia, aliisque noxiis affectibus. Non pauci ſubitanea morte abrepti leguntur. Quot nautæ pereunt, vna cum nauigantibus? Opifices, architecti, ſæpe ſua culpa ſe præcipites dederunt. Equitantes equorum impetu oppreſſi etc. Nec eſt, quod dicas: Præfectum hunc in furore iracundiæ, adeoque in peccato graui occubuiſſe? magis enim *culpa* quam *deſtinatum conſilium* cauſſa hic mortis fuit, præſertim cum iniuria nebulonis viliſſimi exacerbatus ac in iram coniectus fuerit, quo caſu

An etiam qui culpa pereunt?

obtinet illud *Poëtæ: ſaepe grauis, magnis, res fuit illa viris.* Quibus omnibus et aliæ naturalis accedere potuerunt cauſſæ, quæ mortem accelerarunt. In dubio vero, mitius iudicium de infelici eiuſmodi fato ferendum, et humanius agendum. Vnde etiam his, qui in puteo vel flumine vel alio loco extincti reperiuntur, communio cœmeterii non eſt neganda, cum nemo præſumatur, ſe præcipitem dediſſe. ZIEGLER *ad Lancell. Lib. 2. tit. 24. §. 9.*

8) In reatu grauiſſimo mortui.

§. XXXII. Equidem VIII) etiam cadauera delinquentium, in reatu mortuorum, extra cœmeterium eſſe ſepelienda, docet CARPZOV. *cit. l. def. 379.* Sed non indiſtincte id admitti poteſt. Aut enim confeſſi ac conuicti ſunt, aut non. Priori caſu delictorum ratio habenda, quæ ſi talia fuerint, vt omni ſepultura, puniti, priuari debuiſſent, non iniquum eſt cadauer ſub patibulo ſepelire: ſi vero pœna gladii vel ſuffocationis decernenda fuiſſet, et de ſeria pœnitentia delinquentis conſtet, iuxta principia eccleſiaſtica *communio cœmeterii* tali non eſt deneganda, quæ ne quidem denegata ei fuiſſet, ſi pœnam promeritam ſuſtinuiſſet. *c. 5. X. de raptor. c. 2. X. de Furt. c. fin. de ſepult. c. 30. ſeq. C. 13. qu. 2.* Poſteriori caſu eo minus ſepultura eccleſiaſtica eis denegari poteſt, quanto incertius eſt, vtrum re vera delictum commiſerint, adeoque pœna aliqua in cadauer tale ſtatui nequit; id quod et ipſe CARPZOVIVS fatetur, *l. c. Def. 380.* Hanc enim excommunicationem re vera ſpeciem *pœnæ* eſſe, nemo forſan negabit.

9) Publici peccatores et ſcelerati.

§. XXXIII. Similiter, IX) publici et notorii peccatores, variisque ſceleribus inquinati, licet non ſint nominatim excommunicati, honore ſepulturæ eccleſiaſticæ priuantur. In genere cautum eſt in *c. 21. C. 13. q. 2.* ne pro impiis *oblationes aut memo-*

Digitized by Google

moria fiant, quamuis chriſtiani fuerint. Cum vero, quinam *notorii impii* dicendi ſint, dubitationem recipere poſſit, inde ius Canonicum ſpecialibus exemplis id paſſim declarauit. Huc retulit 1) qui ad minimum in Paſcha euchariſtiæ Sacramentum non recepit. *c. 12. X. de pœnit. et remiſſ.* Poſtquam enim INNOCENT. III. tribunal confeſſionis auricularis erexit, ſimul conſtituit, vt ad minimum ſemel in anno quilibet Chriſtianus *proprio parocho* peccata ſua confiteretur, et pœnitentiam impoſitam impleret, ſine qua ceu ſatisfactione quadam, peccatorum remiſſio fruſtra eſſet ſperanda. Immo, qui iuxta antiquiſſima eccleſiæ principia, euchariſtiam ceu *communionis perfectiſſimæ fundamentum*, ſpernit, ſeipſum communione eccleſiaſtica priuaſſe videtur. Inter Proteſtantes eo vtimur iure, vt *manifeſti* demum ſacramenti huius venerandi contemtores hoc honore priuentur; neque enim ad certa tempora præciſe alligati ſumus, nec *ſatisfactionis* neceſſitatem agnoſcimus. Vnde eo magis cauendum, ne ex ſolo non-vſu mox contemtus inferatur, ſed in mores, vitam aliasque defuncti circumſtantias inquiratur, cum quis bona fide errare, et ex ſcrupulo quodam conſcientiæ a S. Cœna abſtinere potuerit. In *Ord. eccl. Magdeb. c. XII. §. 14.* de his ita ſtatutum eſt: **Aber die Leute, ſo nicht allein in ihrem Leben, ſondern auch im Sterben Gottes Wort und die H. Sacramente verachten, ihre Sünde nicht erkennen, noch des wahren Leibes und Blutes Jeſu Chriſti genieſſen, und ſich ſeines Verdienſtes nicht getröſten wollen, ſollen mit keinen Chriſtlichen Ceremonien in die Erde gebracht werden, weil man ſolche vor keine Gliedmaſſen der Chriſtl. Kirchen halten kan.** Si ergo non ſunt membra eccleſiæ, cum iis omnis communicatio ceſſat. His accenſentur 2) *vſurarii manifeſti c. 3. X. de vſur.* eo

Quales ſunt: 1) Euchariſtiæ contemtores.

2) Vſurarii manifeſti.

Xx xx xx 2 quod

quod vſuras, *furto* æquiparent Pontificii, et ea de cauſſa abſolute eas prohibuerint. Equidem hodie plures dantur vſurarii etiam manifeſti, h. e. vltra qualitatem permiſſam, vſuras accipientes, vel alios vſurarios contractus ineuntes; ſed rarior tamen huius pœnæ eſt exſecutio. Etiam inter Proteſtantes, leges non deficiunt ſimilem pœnam dictantes; vt videre eſt ex CARPZOVII *prax. crim. qu. 91. n. 36.* vbi mandatum Electoris Saxoniæ adfert, quo cautum: **Daß ſie als öffentliche Leutſchinder und Landesverderber zum Beichtſtuhl und tröſtlicher Abſolution oder Tiſche des HErrn durchaus nicht gelaſſen, auch nach ihrem Tode mit Chriſtl. und gebräuchlichen Ceremonien nicht beſtattet werden ſollen.** Sed forſan hodie variis ex cauſſis exſecutio deficit, neque, quod quidem arbitror, tam nefandum ſcelus in vſuris deprehenditur, quod Pontificii fingunt. *3) blaſphemi*, ſi pœnitentiam impoſitam ſuſcipere renuunt. *c. 2. X. de Maledict.* 4) *Laici*, qui *decimas* poſſident, nec eccleſiæ reſtituunt. *c. 19. X. de decim.* has enim abſque animæ ſuæ periculo Laicum retinere non poſſe cenſent, cum Clero a Deo ſint datæ. Verum hoc petit id, quod eſt in principio, et ideo a Proteſtantibus merito repudiatur. Interim vel hoc exemplum docet, Clericos hoc remedio facile ſibi contra Laicos ius dicere potuiſſe, quia ſepulturæ eccleſiaſticæ ius ac cognitionem in ſua *manu* habent, eodem modo, vt *excommunicationem* viuentium, quia ſpiritualem gladium h. e. dominatum ſacrum exercent. 5) *Canonici et Monachi*, qui contra *votum paupertatis* proprii aliquid habuerunt, ac poſt mortem apud eos repertum eſt; id quod grande nefas eſſe cenſet *c. 4. X. de ſtat. Monach.* 6) *Clerici concubinarii* notorii. *c. 6. D. 32.* 7) Speciatim *interdicti*, adeo, vt qui hos in cœmeterio ſepelit, ipſo iure excommu-

3) Blaſphemi.

4) Decimas non reddentes.

5) Monachi proprium quid habentes.

6) Clerici concubinarii.

7) Interdicti.

municatus ſit. *Clem. 1. de Sepult.* Immo etiam generali interdicto contineri ſepulturam eccleſiaſticam, liquet ex *c. 24. X. de Priuil.* et *c. 11. de pænit. et remiſſ.* Verum hoc a praxi noſtra alienum, nec neceſſe eſt, vt vlterius hoc illuſtrem. Satis, vt puto, pro ratione inſtituti, declarata eſt regula; *Quibus non communicauimus viuis, nec mortuis communicamus.*

Riuos ergo iam claudendos eſſe duxi.

EXERCITATIO XLIII.

AD LIBR. XI. PAND. TIT. VII.

DE

DE EO QVOD IVSTVM EST CIRCA LVCTVM PVBLICVM.

ARGVMENTVM.

I. Occaſio argumenti. II. Inſtituti ratio. III. Luctus et Leſſus quid? IV. An lugere permiſſum? V. Antiquitas legum circa luctum. VI. Indicia externa luctus. VII. Varia lugendi genera Leſſus. VIII. Cantus lugubres. Præficæ. Pſaltria. IX. Laceratio genarum, X. Legibus diuinis prohibita. XI. Raſura crinium. XII. Luctus in alendis crinibus, vel in ſordida veſte. XIII. Cinerum ſparſio in caput. Sciſſura veſtium. XIV. Abſtinentia ab omni hilaritate. XV. Veſtitus lugubris. Atra veſtis. Ricinia. XVI. Tempus luctus. XVII. Luctus publicus vel ſumtus vel indictus. XVIII. Luctus publici ſigna. Mutatio veſtis. XIX. Communia luctus ſigna. Luctus in morte Germanici, XX. Iuſtitium tempore luctus, XXI. præſertim apud Romanos. XXII. Ratio luctus publici apud Germanos. XXIII. Iuſtitia luctus publici. XXIV. A ſummo Imperante indicitur. XXV. Modus eundem indicendi. Edictum in morte Friderici Wilhelmi anno CIↃ IↃ CLXXXVIII. *promulgatum. XXVI. Edictum in morte Sophia*

phiæ Charlottæ, Reginæ Boruſſiæ, de a. CIↃIↃCCV, *XXVII. Quis in lite de principatu indicat luctum publicum? Sequeſter eundem indicere poteſt. XXVIII. Tutor principis luctum publicum recte indicit. XXIX. An Imperator per vniuerſum Imperium poſſit luctum publicum in morte Imperatoris decernere? XXX. Patronus poteſt in eccleſia patronata luctum indicere. XXXI. An domino iuriſdictionali idem ius competat? XXXII. Tempore luctus publici choreæ et Muſica inſtrumentalis ceſſant. XXXIII. An luctus publicus ſeſe exſerat in templis? XXXIV. Signa luctus publici externa pendent a determinatione principis. XXXV. Concluſio.*

§. I.

Occaſio argumenti.

Præſentis temporis ratio per maximam partem Europæ tot tantaque luctus publici publica oſtendit documenta, vt non poſſit non pium et conueniens eſſe, etiam in meditationibus et ſcriptis publicis rationem luctus publici habere. Quibus vero magis hoc officium luctuoſum incumbit, quam ſubditis fideliſſimis potentiſſimi Regis Boruſſiæ, FRIDERICI I. Domini noſtri longe clementiſſimi, quem in primis luctus ita afflixit, vt non mirandum ſit, quod totum Regnum Boruſſiæ omnesque ceteræ prouinciæ ſceptro eius ſubiectæ in communem conſpirauerint luctum, et vel hoc ipſo deuotiſſimæ ſuæ ſubiectionis publicum edere documentum allaborauerint. Exceſſit enim placidiſſima et beatiſſima morte ſoluta Sereniſſima ac Auguſtiſſima Regina SOPHIA CHARLOTTA, Regis noſtri longe clementiſſimi alma coniux, magnificentiſſimi huius Academiæ Rectoris, Domini noſtri clementiſſimi, mater piiſſima, ſubditorum vniuerſorum, quos Sceptrum Boruſſiæ regit, ſolatium ingens, immo generis humani delicium ac decus, exceſſit, inquam, hæc augu-

Digitized by Google

guſtiſſima Regina, et mœſtiſſima ſua morte Regium Diadema depoſuit. Quemadmodum itaque haud æſtimandum eſt, hanc publicam cladem abſque ſingulari Dei conſilio nobis vniuerſis eſſe immiſſam, cum in propatulo ſit, in morte eorum, qui ſceptrum tenent, ſingulos et vniuerſos certiſſimam facere iacturam; ita infinitæ ſunt nobis rationes, quæ luctuoſo hoc tempore ad communem et publicum luctum ſua ſponte nos allicere et adducere poſſunt, quas cum a præſenti meditatione iuridica nimium recedentes deprehendam, e re eſſe duco, cuiuſcunque viuidæ meditationi eas potius relinquere, quam inſufficienter de iis ediſſerere.

§. II. Dum itaque alii in hoc publico luctu orationibus vel aliis monumentis dolorem publicum ſignificantibus officium ſuum certatim explere, alii elegiis nitidis mœſtitiam exprimere conantur, quin templa, aulæ, Academiæ, fora, ciuitates, immo ſingulorum domus in luctu et ſqualore quotidiano adhuc verſantur, præſertim cum inſtent ſolemnes et regiæ exſequiæ Auguſtiſſimæ Reginæ, publicum dolorem de nouo refricantes, dum, inquam, hic mœror publicus nobis ita ante oculos verſatur, nihil ab officio alienum, aut ἄτοπον nos commiſſuros exiſtimandum eſt, ſi meditationem aliquam de luctu publico inſtituamus, et, quid circa illum iuſtum ſit, potiſſimum enucleemus. Vt autem aliquos mihi ponam cancellos, quibus materiam hanc includam, ita commodiſſime eandem pertractari poſſe cenſui, (1) ſi naturam et indolem luctus publici, et quid circa illum iuſtum ſit, excutiam, (2) quid olim in luctu publico iuſtum fuerit apud varias gentes, ſubiiciam, et denique (3) quid hodie iuſtum ſit, ſubnectam. *Inſtituti ratio.*

§. III.

Digitized by Google

Quid luctus et leſſus?

§. III. Quamuis vero in genere luctus deſignet mœrorem et triſtitiam, qua quis ob mortem alicuius affectus eſt, CIC. *Tuſcul. quaeſt. lib. 4. p. m. 231.* hic tamen ſenſu ciuili et iuridico magis fertur ad *morem legibus determinatum et receptum, externis ſignis declarandi mœſtitiam, quam quis concepit ob mortem alicuius*, quo in ſenſu variis in locis iuris Romani occurrit. vid. *l. 23. D. de his, qui not. infam. l. 6. D. de Rit. nupt. l. 35. D. de relig. et ſumt. fun.* Alibi etiam *lugubria ſumere* idem denotat, quod inſignia luctus adhibere *l. 8. de his, qui not. inf. l. 15. C. ex quib. cauſ. infam.* BRISS. *in voc. Lugubria:* quin et iam antiquis *luctum leſſumque* coniungere in more poſitum fuiſſe videtur. Eſt autem *Leſſus* lugubris eiulatio iuxta Gyraldum *de vario ſepel. rit. c. 13.* quae et DIODOR. SICVLVS *lib. 1. Biblioth. Hiſtor. P. 2. c. 3.* coniungit, ibi: *luctum leſſum nouantes.* conf. KIRCHMAN. *de funer. Roman. lib. 2. c. 6.*

Origo lugendi.

Generatim certe expeditum eſt, luctum in ſe eſſe antiquiſſimum morem humani generis, et quaſi ſtatus lapſi conſequens neceſſarium, et, vt ita loquar, homini lapſo connatum, vt adeoque naturale quid, ſi cauſſas eius conſideres, in eo lateat; verum poſtquam homines in ciuitates abierunt, poſtquam in gentes diſcreti ſunt, varii ſuperinducti ſunt mores lugendi, ſicuti pleraque alia negotia certis ritibus et cærimoniis peragi cœperunt, et eatenus luctus ad *arbitraria* negotia referri debet. Neque enim mores vbique ſemper iidem fuerunt, ſed pro genio populi aliisque circumſtantiis variare cœperunt.

An lugere permiſſum?

§. IV. Non defuere tamen populi, quin et philoſophi, qui luctum omnem potius negligendum et prohibendum voluere, quam recipiendum, exemplo Ennii, de quo noti ſunt verſus:

Nemo

Digitized by Google

Nemo me lacrimis decoret, nec funera fletu
Faxit, cur? volito viuus per ora virum.

De Danis ita ADAMVS Bremenſis *lib. de ſitu Dan. et Reg. ſeptent. tit. de Seland.* ait: *Lacrimas et planctum ceteraque compunctionis genera, quae nos ſalubria cenſemus, ita abominantur Dani, vt nec pro charis defunctis vlli flere liceat.* Thraciæ certe natio ſibi ſapientiæ laudem vindicauit, quod natales hominum flebiliter, exſequias autem cum hilaritate celebrauerit, teſte VAL. MAXIM. *lib. 2. c. 6.* conf. POMPON. MELA *lib. 2. de ſit. orb. c. 2.* SOLIN. *Polyhiſt. c. 16.* quod etiam apud Locros aliosque in vſu fuiſſe teſtatur KIRCHMAN. *cit. tr. libr. 4. c. 10.* MORESTELL. *de Pompa ferali lib. 2. c. 37.* Sed hæc gentium quarundam inſtituta magis de luctu externo, et more lugendi apud alios recepto, tanquam exteris imbecillatis humanæ indiciis, videntur eſſe intelligenda; neque enim credendum, leges potuiſſe naturalem dolorem, quem quis ob mortem proximorum percipit, reſtinguere, quin ne quidem voluiſſe exiſtimandum eſt. Liberior hac in parte fuit Solon, qui ſapientiſſime iudicauit, luctum in Republ. non eſſe plane impediendum. Sic enim ait: *Mors mea ne careat lacrimis: linquamus amicis mœrorem, vt celebrent funera cum gemitu*, vid. CIC. *l. 1. Tuſc. qu. in f.* Optimi et prudentes legislatores ſemper in legibus ferendis memores fuere vel ſaltim eſſe debent, ſe leges dare hominibus, et quidem talibus, qui imperfectionibus et infirmitatibus, maxime quæ toti humano generi communes ſunt, laborant, adeoque affectus naturales tollere nec potuere nec voluere, et cum difficillimum ſit, illos retinere, ſatius eſt, iis aliquid indulgere ad exemplum optimi legislatoris ipſius DEI, quam præmatura prohibitione dolorem lugen-

tium augere. Memorabile eſt, quod CAPITOLIN. *in vita M. Antonii Pii* de hoc imperatore refert, qui, cum Marcus Philoſophus lugeret ſuum educatorem defunctum, et aulicis reuocaretur, dixiſſe fertur: *Permitte illi, vt ſit homo, neque enim philoſophia aut imperium tollit affectus.* Quæ vero exempla a conſtantia et admiranda animi fiducia primorum Chriſtianorum petuntur, certe ad ſanctioris vitæ rationes ſpectant, ſed tamen non impediunt, quo minus in Republ. luctus tolerari, hominibusque, qui non eadem fide præditi ſunt, indulgeri, et ne tamen nimis hic excedant, publica auctoritate determinari queat. Quodſi omnes in Republ. conſtantia primorum Chriſtianorum vere Chriſtiana eſſent præditi, legibus eiuſmodi, luctum publicum moderantibus, haud eſſet opus, quæ nunc eo magis neceſſariæ ſunt, poſtquam plurima pars hominum deſciſcere ſolet a fide viuida, et ſic etiam in alios abuſus incidere, qui tum maxime ſe exſerunt, cum mœror irritauit voluntatem, et triſtitia ob amiſſum amicum variæ impatientiæ producere ſolet effectus. Ceterum luctum omnem Chriſtianis non eſſe interdictum, apparet ex tot exemplis ſanctorum *Gen. XXXIII, 2. Deut. XXXIV, 8. Ioh. XI, 35. Act. VIII, 2. Phil. II, 27. Rom. XII, 15.* hac tamen adhibita præcautione, ne mortuos lugeamus tanquam illi, qui ſpem non habent reſurrectionis et vitæ æternæ, vt ait PAVLVS *1. Theſſ. IV, 13.* quo ſine dubio reſpexit ad inſanias lugentium ethnicorum, quas in ſequentibus perluſtrabimus. conf. MART. GEIER *de luctu Hebræor. c. 1. §. 7.*

Antiquitas legum circa luctum.

§. V. Neque heri aut nudius tertius leges circa luctum datæ reperiuntur, ſed antiquiſſimis in Rebuspubl. iam obſeruatæ leguntur. Hoc quidem non nego, varios lugendi mores

res ab initio arbitrarios fuiſſe, et prout triſtitia et mœror homines ad hos vel illos mores et impatientiæ indicia adegit vel impulit, ita paullatim in morem abiiſſe conſtantem lugendi ritus, et ab aliis ad imitationem recepti eſſe videntur, ex quo eſt, quod tanta apud pleraſque gentes, et in primis orientales, conſenſio et harmonia circa luctum reperiatur. Immo licet aliæ gentes quoque luctum plane non depoſuerint, tamen prædictæ gentes certe nimium ſtudium luctui dedere. De maioribus noſtris longe aliter TACITVS *de Mor. Germ. lamenta et lacrimas*, inquit, *cito, dolorem et triſtitiam tarde ponunt. Feminis lugere honeſtum eſt, viris meminiſſe.* Sic et PLVTARCHVS *in conſult. ad Apoll. Ex ipſis barbaris ſi qui luctum exercent, non animoſiſſimi Germani, non Galli, aut ſi qui alii generoſo pleni ſunt ſpiritu, id faciunt, ſed Aegyptii, Syri, alii horum ſimiles.* Cum autem gentilium, in primis ſpem non habentium, luctus ſæpe ad inſaniam vergeret, multaque a decoro omni aliena coniuncta haberet, ipſi ethnici neceſſarium duxere, variis legibus luctum determinare, et ad ſuos limites reſtringere; Immo quia etiam circa luctum ſæpe ſuperſtitio ſumma animaduertebatur, cui potiſſimum gens Ægyptiaca dedita fuiſſe legitur, et ab hac ſuperſtitione et ad idololatriam vergente labe ipſi Iſraelitæ eſſent infecti, habita quoque in legiſlatione Moſaica eſt ratio luctus, vt purus eſſet ab omnibus idololatricis ſordibus, ceu infra docebitur. Pertinet itaque hoc intuitu luctus ratio tum *ad rationem decori*, quatenus inquiritur, quid ſecundum variarum gentium ritus deceat circa luctum tum publicum tum priuatum; tum ad *rationem iuris*, quatenus, quid legibus publicis circa mores vel decorum gentium introductum et determinatum ſit, obſeruatur;

 tum

tum denique *ad rationem honeſti*, quatenus, quid bonum quidue malum in luctu lateat, perſcrutamur, eumque ad ſuos limites reducimus. Hic quidem nunc, ſcopi noſtri memores, potiſſimum conſiderationes iuridicas excutiemus.

Vnde tot indicia luctus apud gentes?

§. VI. Non mirandum autem eſt, gentiles ad tot varios et multiplices ritus luctus fuiſſe procliues, totque lugubria edidiſſe indicia, quæ ſæpe magis inſanos quam rationales indicarent homines, cum ſolatiis, quibus Chriſtiani ſuffulciuntur, omnibus deſtituti eſſent, neque, vt ait Apoſtolus, ſpem vitæ æternæ haberent, ſaltim dubitanter de ea ediſſererent; quid? quod viuida remedia, qualia Chriſtiani in cordibus gerunt, plane eis ignota fuerint. Quodammodo huc videtur reſpexiſſe ipſe Cicero, gentilis quamuis, dum impatientem et inſanum luctum reprobans, remedia contra dolorem luctumque ſuggerit, quamuis inſufficientia et ſatis, vt puto, inefficacia, ſi cum ſpe viuida Chriſtianorum, ex qua optimum progerminat ſolatium, comparentur. Duos oſtendit fontes, ex quibus apud pleraſque gentes luctus indicia et mores tot incrementa acceperint. Primam rationem quærit in praua opinione, qua imbuti gentiles exiſtimauerint, defunctos dolere, quod commodis vitæ priuati ſint. Ita enim *lib.* 1. *Tuſc. quæſt. p. m.* 171. *Quis eſt igitur, qui ſuorum mortem primum non eo lugeat, quod eos orbatos vitæ commodis arbitretur? Tolle hanc opinionem: luctum ſuſtuleris. Nemo enim mæret ſuo incommodo. Dolent fortaſſe et anguntur. Sed illa lugubris lamentatio fletusque mærens ex eo eſt, quod eum, quem dileximus, vitæ commodis priuatum arbitramur, idque ſentire. Atque hæc ita ſentimus natura duce, nulla ratione nullaque doctrina.* Alteram quærit in opinione hominum ſtolida, circa luctum inueterata, *ita oportere, reſtum*

Digitized by Google

ctum eſſe, ad officium pertinere, ferre illud ægre, quod acciderit. Ex hac opinione, iam concludit, *Lib. 3. qu. Tuſcul. p. m. 222. ſunt illa varia et deteſtabilia genera lugendi, pædores, muliebres lacerationes genarum, pectorum, feminum, capitis percuſſiones*; et paucis interiectis: *Sed hæc omnia faciunt, opinantes, ita fieri oportere*: quo ipſo ſuperſtitioſas mentes hominum circa luctum fuiſſe indicat, qui nullam aliam videntur habuiſſe rationem, *quam quod hæc ita fieri oporteat.* His expenſis, porro inſtruit virum ſapientem, quomodo circa luctum ſe gerere debeat *lib. 2. quæſt. Tuſcul. p. 204.* inquiens: *In dolore maxime prouidendum, ne quid abiecte, ne quid timide, ne quid ignaue, ne quid ſeruiliter, muliebriterue faciamus. In primisque refutetur ac reiiciatur philoctetæus ille clamor. Ingemiſcere nonnunquam viro conceſſum eſt, idque raro: eiulatus ne mulieri quidem, et hic nimirum eſt fletus, quem duodecim Tabulæ in funeribus adhiberi vetuerunt.* Quæ quidem philoſophia optime, quoad externum ſplendorem, cohærere videtur; ſed ſi fontem eius, conſtantiam ſtoicam indolentiamque, conſideramus, latere anguem in herba manifeſtum eſt.

§. VII. Varia lugendi genera legibus vel *agnita* vel *prohibita* in medium iam producenda ſunt, quorum hæc quidem multam ſecum trahebant inſaniam et ſuperſtitionem, illa vero ratione quadam decori nitebantur. Ad genera priora ſpectabat (1) *Leſſus* ſeu *lugubris eiulatio*, interprete CICER. *lib. 2. de LL. p. m.* 449. vel lamentatio nimia et plane inſana et affectata. IAC. RAEVARD. *ad LL. XII. Tab. c.* 15. et ſtulta, qualem deſcribit LVCIANVS *de Luctu: Ait pater*, inquit, *flebili quadam voce verbum vnumquodque producens in longum: fili iucundiſſime, periiſti mihi, mortuus es, ante diem præreptus es, me ſuper hoc ſolo miſero relicto. Non duxiſti vxorem, non para-*

Genera lugendi varia.

(1) *Leſſus.*

paraſti liberos, non militaſti, non coluiſti agros, non ad ſenectutem perueniſti. Non comeſſaberis poſthac, non amabis, fili, neque cum aqualibus in compotatione inebriaberis. Quamuis vero legibus non omnis moderata lacrimarum profuſio in luctu prohiberi poſſe videatur, Solonis exemplo lacrimas permittens, leſſum tamen inhibens, facilius tamen coerceri et reſtringi poſſunt inſipidæ eiulationes publicæ, et clamores, quales in leſſu occurrebant; adeoque in LL. XII. Tabb. cautum: *mulieres leſſum funeris ergo ne habento*, quod ex legibus Solonis in Tabulas XII. translatum erat, teſte CIC. *lib.* 2. *de LL. p. m.* 449. Neque, vti putat SALMVTH. ad PANCIROLL. *tit.* 62. *p.* 341. dum lacrimas moriturus amicis permiſit, quid contra propriam ſuam legem ſtatuiſſe videtur, cum ratio vtriuſque diſpar ſit in promtu: immo ipſe PLATO *lib.* 12. *de LL.* hunc morem eiulandi reprobauit, inquiens: *Fleri mortuum, iubere aut vetare abſurdum eſt, plangere vero et voces et lamenta extra ædes mittere, vetandum.* Dubito tamen, an per legem hanc inordinati hi motus prohiberi ſatis potuerint; et lex XII. Tabb. vnquam in effectum deducta fuerit, neque enim certa pœna in minus decore eiulantes ſtatuta eſt, neque vnquam ſtatutam eſſe, apparet, præſertim cum alia magis adhuc indecora in luctu legibus vetita in more apud Romanos fuiſſe nihilominus poſita, hiſtoriæ doceant, vt adeoque magis hæc lex, leſſum prohibens, ad conſilia pertinuiſſe videatur.

(II) Cantus lugubres.

§. VIII. Neque commode leſſus euitari aut prohiberi potuit, poſtquam *cantus lugubris* ſeu *neniæ* legibus XII. Tabb. approbatæ erant, teſte CIC. *lib.* 2. *de LL. p. m.* 450. quibus tamen ſine dubio affectus lugentium magis irritati ſunt, vt in clamores eiuſmodi plane indecoros erumperent. Dicebatur enim

enim *nænia id carmen, quod cum lamentatione extremum atque vltimum mortuo adcanebatur.* KIRCHMAN. *de funer. Roman. lib.* 2. *c.* 6. PFEIFFER. *antiquit. lib.* 4. *c.* 47. PETRVS MORESTELLVS *de pomp. feral. lib.* 2. *cap.* 15. IAC. RAEVARDVS *ad LL. XII. Tabb. c.* 15. Huic cantui lugubri autem *præficæ* præfuerunt, ſeu mulieres ad hoc conductæ mercede, vt in funere lamentarentur, ac defuncti laudes prædicarent, ceteriſque modum plangendi darent. FESTVS *lib.* 20. MORESTELL. *cit. l. c.* 29. *n.* 1. Plura de his præficis congeſſit PFEIFFER. *cit. l.* et KIRCHMANN. *de funer. Rom. cap.* 6. Interim eiulatus præficarum inaniſſimos inſipidosque fuiſſe, teſtatur Lucilius *ſatyr.* 22. his verbis: *Præficæ quid?*

- - - - mercede quæ
Conductæ flent alieno in funere præficæ
Multo et capillos ſcindunt et clamant magis.

quo intuitu Nonnius Marcellus carmina præficarum vocat *inepta* et *incondita,* et GELLIVS in *N. A. lib.* 18. *c.* 7. philoſophorum nugas comparat cum præficarum inanibus vocibus. Immo ipſi gentiles tandem agnouerunt ineptias hic occurrentes; ita enim HORAT. *lib.* 2. *od.* 20. *Abſint inani funere næniæ luctusque turpes, et querimoniæ compeſce clamorem.* Quæ cum ita ſint, certe male cohæſiſſe videtur legislatio Romana, leſſum impediens, et hos lugubres cantus admittens, qui maiores ineptias, quam leſſus, coniunctas habebant. Apud Iudæos quoque huiuſmodi feminas lamentatrices fuiſſe, ex *Ier. IX,* 17. probare conatur GEIER. *de luctu Hebræor. cap.* 5. §. 19. vbi propheta ſecundum ſæculi morem locutus fuiſſe videtur. Apud Chriſtianos poſtea in locum præficarum ſubſtitutas eſſe pſaltrias, arbitratur PETRVS MORESTELLVS *de pompa feral.* *Pſaltriæ quid?*

feral. lib. 2. *c.* 29. *n.* 5. quo etiam inclinat HENRICVS SALMVTH. *ad Panciroll. de reb. memorab. et deperd. tit.* 62. Iuſtinianum huius rei auctorem nominans; hic enim in *N.* 59. *cap.* 4. mulierum feretrum præcedentium et pſallentium mentionem iniicit. In digeſtis ſane, quantum ego quidem ſcio, harum feminarum non occurrit mentio, quod Tribonianus forſan minus neceſſarium exiſtimauerit, colligere illa, quæ ſæculo illo non amplius inter Chriſtianos obſeruabantur.

(III) *Laceratio genarum.*

§. IX. Erat præterea luctus ſummi et impatientiæ inde ortæ indicium apud gentiles frequens *laceratio genarum*, quod genus lugendi Cicero ſupra *in* §. 6. allegatus *deteſtabile* vocat; in primis propterea, quod nefandæ impatientiæ ſignum certiſſimum ſit, vt VIRGIL. *lib.* 6. *Æneid.* de Anna deplorante ait: *Vnguibus ora ſoror fœdans.* Lacerabant vero in primis mulieres vnguibus pectora, genas vultumque ipſum, immo denique et mammas, teſte Artemidoro *lib.* 1. *c.* 43. *ſæpe etiam*, inquiente, *mammæ luctum præſertim mulieribus ſignificant. Ita enim in luctu etiam mammas dilaniant.* Conf. GVTHERIVS *de iure manium lib.* 1. *c.* 13. KIRCHMANN. *de iure fun. lib.* 2. *c.* 11. PETR. MORESTELL. *de pomp. feral. lib.* 6. *c.* 11. Quamuis autem hæc inhumana lugendi ratio initia ſua ſine dubio ceperit a ſola *impatientia*, longe tamen ex poſtfacto alia ratio ſub hoc more nefando prorupit, quam refert SERVIVS ad *lib.* 3. *Æneid.* vt ſcil. *ſanguine oſtenſo inferis ſatisfacerent.* Conf. SPENCER. *de LL. Hebr. Ritual. lib.* 2. *c.* 13. §. 2. immo etiam ſe gratum opus defuncto facere quidam arbitrabantur. Sic enim PLVTARCHVS *de conſol. ad Apoll.* *Quidam vero barbarorum in exſequiis etiam corpora ſua, naribus, auribus aliiſue partibus amputandis fœdant, ſe non nihil gratificari defunctis credentes, cum in*

hoc

Digitized by Google

hoc genere mediocritatem a natura conſtitutam excedunt, quod idem videtur eſſe, ac ſi dixiſſet, quod per ſciſſuras eiuſmodi manes propitiare voluiſſent. Neque ab hoc more hodie Tartaros Circaſſos alienos eſſe teſtatur ADAMVS OLEARIVS *in itin. Perſ. p.* 523. *et* 745. referens, quod in luctu dilacerare ſoleant frontem, pectora et brachia, vt large defluat ſanguis, quo vulnere durante, duret etiam ipſe luctus, eo vero ſanato, luctus ceſſet. Abhorruere ab hocce lugendi modo ſapientiores Græciæ, nam Solon iam publica lege prohibuerat *lacerationes genarum*, teſte PLVTARCHO *in vita eius ſ.* 90. quæ lex poſt quoque repetita et recepta a Romanis in LL. XII. Tabb. his verbis: *Mulieres genas ne radunto.* CIC. *l.* 2. *de LL.* IAC. RAEVARD. *L. XII. Tabb. c.* 15. vel vt SERVIVS *ad l.* 12. *Æneid.* hanc legem recitat: *mulier faciem ne carpito.* Tam inueteratus tamen hic lugendi modus fuiſſe et tam altas radices apud Romanos egiſſe videtur, vt lex XII. Tabb. haud in praxin deducta ſit, obſeruante KIRCHMANNO *de funer. Rom. l.* 2. *c.* 11.

§. X. Hiſce poſitis, eo minus mirandum, quod ipſe Deus in legibus forenſibus Iudæis hunc morem, quo ex idololatria gentili infecti erant, ſeuere interdixerit his verbis: *Super mortuo non incidetis carnes veſtras. Leu. XIX*, 28. Interim tamen ex ſacris apparet, hunc morem lacerandi genas apud Iudæos non in totum exſpiraſſe, ſicut apparet ex *Ierem. XLI*, 5. *Venerunt viri de Sichem et de Silo et de Samaria, octoginta viri raſi barba, laceri veſtibus et incidentes ſeſe.* Idem apparet ex *Ierem. XLVII*, 5. *XLVIII*, 37. *Ieſ. XV*, 2. Quid? quod Ieremias *c. XVI*, 6. inter luctus ordinarios ritus hunc morem retuliſſe videatur his verbis: *Et moriuntur magni et parui in iſta terra, non ſepelien-*

LL. diuinis lacerationes genarum prohibitæ.

pelientur, neque plangentur, et non ſe incidet quiſquam pro illis, atque adeo his interdictis facta contraria poſtmodum interdicta fuiſſe arbitratur GEIERVS *de luctu Hebr. c.* 10. §. 2. quo etiam collineat HIERONYMVS in *Ierem. XVI*, 6. inquiens: *Mos fuit apud veteres et in quibuſdam permanet Iudæorum vſque hodie, vt in luctibus incidant lacertos.* Ceterum ſi morem gentilium, et ſuperſtitionem ſub illo latitantem cum lege Moſaica conferamus, non improbabilis videtur ſententia IO. SPENCERI *de LL. Hebr. ritual. l.* 2. *c.* 13. exiſtimantis, legem Moſaicam potiſſimum illam lacerationem genarum interdixiſſe, quæ fiebat ex ſuperſtitione gentilium, qua crederent, ritus illos ſanguineos diis manibus fore acceptos, aut amicis fato functis aliquid allaturos ſolaminis, vt ſenſus legis ſit: *Ethnici quidem funebria peragentes, ἐντομίδας inciſiones largiores in corpore faciunt, vt ſanguinem eorum tanquam piaculum et inferias effundant, ad placandos manes aut animam defuncti propitiandam; Vos autem ſciſſuras pro defunctis eo animo et ritu minime facietis.*

(IV) Raſura crinium.

§. XI. Ab aliis gentibus in luctu adhibita eſt *raſura* qua lugens ſibi ipſi crines amputabat. Apud HERODOTVM *lib.* II. hunc morem ita deſcriptum legimus: *Apud ceteros homines more receptum eſt, vt in luctu ſtatim capita radantur, et eorum potiſſimum, ad quos iure luctus perueniebat*, quid? quod ſoliti fuerint capillos detonſos in cadauer proiicere, quod indicat HOM. *Odyſſ.* 4.

Neque moleſte feram
Flere quicunque mortuus mortalium et fatum conſecutus fuerit,
Illud certe munus ſolum eſt miſerorum mortalium,
Tondereque comas, perfundereque lacrimas a genis.

et

et OVID. *Metam. III.*

- - planxere ſorores
Naiades et ſectos fratri impoſuere capillos.

Plura huc facientia collegerunt PETRVS MORESTELLVS *de pomp. fer. lib. 2. c. 31. ſeqq.* KIRCHM. *cit. tr. lib. 2. c. 14.* De Græcorum et Æthiopum moribus idem teſtatur ALEX. ab ALEX. *lib. 3. c. 7.* his verbis: *Etiam Græcorum et Æthiopum præcipuus mos, vt comas ad rogum diſſecent, corporique et igni imponant,* de quo more plura collegit KIRCHM. *cit. l. c. 15.* Ceterum et ſub hoc ritu profana quædam latitauit ſuperſtitio, quaſi hocce munere manes defuncti placari poſſent, vt ſatis apparet ex SENECA *in Phædra actu 1. Sc. 1.* *Superſtitio ſub hoc ritu.*

Placemus vmbras, capitis exuuias cape
Laceræque frontis accipe abſciſſam comam.

et cum hic ritus apud Iudæos etiam frequens et receptus erat, ideo ne in eandem inciderent idololatriam, vel ſaltim ne eadem mente vel eodem ritu hoc luctus genere vterentur, Deus prohibuit *Deut. XIV, 1. Non vos incidetis, nec facietis caluitium, ſuper mortuo,* et *Leuit. XIX, 27. Non circumdabitis angulum capitis veſtri et non corrumpes angulum tuæ barbæ et inciſionem ob animam non dabitis.* Abſolute enim Iudæis hunc morem interdictum non fuiſſe, itidem putat SPENCER. *cit. l. lib. 2. c. 12.* quod ritus hic poſtmodum inter Iudæos non in totum defierit, ſicut apparet ex *Ieſ. XVI, 16.* ibi: *nec decaluabitur ob eos,* ſed tantum ſuperſtitionem ſub hoc ritu latitantem reprobatam fuiſſe. Aliter rem explicat MART. GEIER. *de luctu Hebr. c. 8. §. 8. ſeqq.* Illud certum tamen eſt ex Micha *c. I, 16.* adhuc adhibitam fuiſſe raſuram in graui luctu, ita enim ille: *Decalua te ipſam, et tonde te ipſam ob filios deliciarum tuarum, dilata*

caluitium tuum ſicut aquila, quo etiam alia loca reſpiciunt *Ieſ. XXII*, 12. *Ier. VII*, 29. *XVI*, 6. *Ezech. VII*, 18. quæ ſatis prohibitionem legis Moſaicæ non abſolutam fuiſſe indicant.

(V) Alii capillos creſcere ſinebant.

§. XII. Quemadmodum ritus lugendi ſemper arbitrarii fuere, ita alii more plane contrario vti, vt capillos incompoſitos et incultos dimittere ſolebant: quod patet exemplo Ægyptiorum, de quibus ita HERODOTVS *lib.* 2. *c.* 36. *Apud alios ritus eſt, ſtatim in funere proximi capita deglabrare. Ægyptii vero in ſuorum funeribus ſinunt capillos creſcere, antea caput et barbam tonſi*, quamuis etiam penes illos raſura capitis frequentiſſimum indicium luctus fuerit, vti patet ex iis, quæ adduxit KIRCHM. *de funer. Rom. lib.* 2. *c.* 14. Sicuti enim decorum variat, ita quoque ritus lugendi variaſſe videntur apud vnum eundemque populum. Sic Iudæi et radebant caput ſuum ob luctum, vt vidimus, et præterea cum amicos elatos deflent, aliquando intra 30. dies nec lauantur nec tondentur. SPENCER. *de LL. Hebr. Ritual. lib.* 2. *c.* 25. Cum enim in cultura quoque capillorum gentes decorum quoddam poſuere, non poterat non indicium luctus eſſe, ſi præ nimio dolore et triſtitia crines incomtos relinquerent, et munditiei nullam haberent rationem. Tales plerumque *Sordidati* Romanis vocati, quod CICERO variis locis paſſim indicat. Sic *II. in Verrem p. m.* 134. ait: *expulſi bonis omnibus Romam venerunt ſordidati maxima barba, et capillo*; et *orat. poſt reditum in ſenatu p. m.* 566. dicit, quod Marcelli filii *flentes ac ſordidati* populo Romano ſupplicauerint. Sic SVETONIVS *in Auguſto* refert, eum adeo conſternatum fuiſſe, vt barba capilloque ſubmiſſo, caput interdum foribus illideret vociferans: *Quintili Vare, legiones redde*. Eodem collineat SENECA *lib.* 5. *contr.* 30. ibi:

Sordidati quinam?

Barba

Barba demiſſa ſordidatus cum crinibus meis ad vos veni. Solebant præterea hoc more lugendi abuti in infamiam ſeu iniuriam alicuius, ceu patet ex *l.* 13. §. 27. *D. de iniur.* vbi ita: *Hæc autem fere ſunt, quæ ad infamiam alicuius fiunt, vt puta ad inuidiam alicuius veſte lugubri vtitur, aut ſqualida, aut ſi barbam demittat, vel capillos ſubmittat.* conf. CVIAC. *lib.* 6. *obſ.* 5. Cum itaque Romani hoc more abuterentur, hinc in *l.* 39. *D. de iniur.* cautum, ob quas perſonas hoc lugendi genere vti liceat: *Veſtem*, inquit ICtus, *ſordidam rei nomine in publico habere capillumue ſubmittere nulli licet, niſi ita coniunctus eſt adfinitate, vt inuitus in reum teſtimonium dicere cogi non poſſit*, quales qui ſint, traditur *in l.* 4. *et* 5. *D. de teſtibus.* Hunc morem a Græcis ad Romanos perueniſſe, notat PETRVS MORESTELL. *de pomp. feral. lib.* 2. *c.* 31.

§. XIII. Accedebant præterea aliæ impatientiæ in luctu indicia, veluti, quod puluerem in caput ſpargerent, teſte HOMERO *Odyſſ* 24. *VI) Cinerum ſparſio in caput.*

Ambabus vero manibus captum puluerem ardentem
Fudit in capite albo grauiter ſuſpirans.

et SENECA in Troade:

Soluite crines, per colla fluant
Mœſta capilli, tepido Troiæ
Puluere turpes patet exertos
Turba lacertos.

Conf. PETR. MORESTELL. *cit. l. lib.* 2. *c.* 35. KIRCHMANN. *de fun. Rom. lib.* 2. *c.* 12. *in f.* Irridet hunc morem falſe LVCIANVS *de luctu*, inquiens: *Puluis capiti inſpergitur, adeo vt viuentes miſerabiliores ſint mortuis etc.* Ceterum Iudæos in primis in luctu huic mori deditos fuiſſe, ex hiſtoria ſacra apparet. vid. 1. *Sam. IV*, 12. 2. *Sam. XIII*, 19. 1. *Maccab. III*, 47. *Iob. II*, 12.

conf. MART. GEIER *de luct. Hebr. c.* 9. §. 4. *et* 5. Coniungi quoque ſparſioni cinerum ſolebat tum apud Hebræos tum alios populos *ſciſſio veſtium.* De Romanis et Ægyptiis hoc teſtantur MORESTELL. *lib.* 2. *c.* 27. et KIRCHMANNVS *de fun. Rom. lib.* 2. *c.* 17. *in f.* et PETRVS FABER *lib.* 2. *ſemeſtr. c.* 10. De Iudæorum vero more conferendus GEIER. *de luctu Hebr. c.* 22. §. 9. *ſeqq.* Illud vero porro ingens et ſimul inſanum luctus indicium erat, quando conuitia et querelas in deos euomebant, aras lapidabant, ſtatuam deiiciebant, de quo more profano agunt KIRCHM. *lib.* 2. *c.* 12. et PETR. MORESTELL. *lib.* 2. *c.* 36.

VII) Sciſſura veſtium.

§. XIV. Hoc præterea luctui maxime erat conueniens, vt lugentes abſtinerent ab omni hilaritate. De lugentibus CIC. *lib.* 3. *Tuſcul. quæſt. p. m.* 222. refert, quodſi qui forte, cum in luctu eſſe vellent, aliquid fecerint humanius, aut ſi hilarius locuti ſunt, reuocent ſe rurſus ad mœſtitiam, peccatique ſe inſimulent, quod dolorem intermiſerint. *Pueros vero matres,* pergit, *et magiſtri caſtigare etiam ſolent, nec verbis ſolum, ſed etiam verberibus, ſi quid in domeſtico luctu hilarius ab iis factum eſt aut dictum, plorare cogunt.* Quo etiam reſpexit SYMMACHVS *lib.* 3. *epiſt.* 21. *Neque enim fas ſinit læta officia obire lugentes.* In primis conuiuia fugiebant, quod et iure Romano cautum fuiſſe videtur, vt refert PAVL. *lib.* 1. *recept. ſent. tit. vlt.* his verbis: *Qui luget, abſtinere debet a conuiuiis, ornamentis, et alba veſte,* id quod etiam apud Hebræos in vſu fuiſſe, notat GEIER. *de luctu Hebr. c.* 21. §. 15. apud quos etiam tempore luctus ceſſabant cuncta alia hilaria. *Ieſ. XXIV,* 8. GEIER. *cit. l.* §. 13. Pertinebat huc etiam *abſtinentia ab omnibus ornamentis et veſtibus elegantioribus,* vt paullo ante ex Paullo audiuimus. Sic LIVIVS *lib.* 24. *c.* 7. *ab init.* *Quid*

VIII) Abſtinebant ab omni hilaritate.

Quid aliud in luctu, quam purpuram et aurum deponunt? Quid cum eluxerunt, ſumunt? Conf. DION. GOTHOF. *ad l.* 8. *de his, qui not. infam.*

§. XV. Depoſitis vero et reiectis ornamentis *lugubria* ſumebant, de quibus fit mentio in *l.* 8. *in f. cit.* h. e. veſte lugubri ſe induebant, idque ex legis neceſſitate, quoad vxorem, quæ maritum per annum lugere debebat. Erat autem tempus luctus continuum, et ſic vxori quoque ignoranti cedebat ex die mortis mariti, ideoque ſæpe contingere poterat, vt ipſa die mulier et ſumeret lugubria et deponeret. *l.* 8. *D. de his, qui not. infam.* Quædam tamen vel nunquam exuebant lugubria, teſte SENECA *lib. de conſol. ad Heluiam c.* 16. *Noſti quaſdam, quæ amiſſis filiis impoſita lugubria nunquam exuerunt.* Aliquando etiam publica auctoritate neceſſitas adhibendi lugubria remittebatur mulieribus, ceu patet ex *l.* 15. *C. ex quib. cauſ. inf. irrog.* vbi Imp. ita: *Decreto ampliſſimi ordinis luctu feminarum deminuto triſtior habitus, ceteraque hoc genus inſignia mulieribus remittuntur.* In primis autem atra veſtis luctui conueniens iudicata fuit, quem morem lugendi SERVIVS *ad lib. XI. Æneid.* ab Ægyptiis ortum traxiſſe refert. conf. FRANC. DE AMAYA *Obſ. iur. lib.* 1. *c.* 2. *n.* 17. Vid. STRYK. *de iur. veſtiar. c.* 2. *n.* 74. *ſeqq.* Illuſtratur hoc ab ALEXANDRO ab ALEX. *l.* 3. *c.* 7. inquiente: *Tempore luctus apud Romanos matronæ purpuram aurumque deponunt, atraſque veſtes induunt, nec illa reſumere, donec eluxerint, licet. Viri autem ſenatorii laticlauam et annulos aureos exuentes pullas veſtes ſumunt.* TACITVS *lib.* 3. *ann. c.* 1. *atratam plebem* ob mortem Germanici fuiſſe ſcribit. Sed et *albæ* quandoque veſtes luctus tempore adhibitæ, vid. MORESTELLVS *de pomp. feral. lib.* 2. *c.* 25. Erant præterea alia veſtimentorum genera, ad lugubria ſpectantia, *IX) Lugubria ſumebant.*

quo

quo pertinuere *Ricinia*, de quibus IAC. GVTHERIVS *de iur. manium lib.* 1. *c.* 16. KIRCHMANN. *de funer. Rom. lib.* 2. *c.* 17. et quod obuelarent caput, qui ritus nec Iudæis incognitus fuit, GEIER. *de luctu Hebr. c.* 11. §. 4. vt et aliis populis, MORESTELLVS *lib.* 2. *c.* 24.

Duratio luctus.

§. XVI. Non tantum autem luctus quoad externos ritus legibus variorum populorum determinatus fuit, ſed etiam ipſum tempus aliquando præſcriptum. Olim tempus ita determinatum fuiſſe, ex Paullo notat CVIAC. *lib.* 21. *t.* 12. his verbis: *Parentes et filii maiores ſex annis anno lugere poſſunt, minores menſe, maritus decem menſibus, et cognati proximioris gradus octo. Qui contra fecerit, infamium numero habetur.* Fuit itaque legitimum tempus in marito lugendo olim X. menſium, IAC. RAEVARD. *tom.* I. *varior. lib.* I. *c.* 20. quod ordinarium, quamuis aliquando remiſſum fuerit vſque ad triginta dies, RAEVARD. *cit. l.* quod poſtea mutatum in annum, vti patet ex *L.* 2. *C. de ſecund. nupt.* ibi: *paruum enim tempus poſt decem menſes ſeruandum adiicimus*: quoad ceteras perſonas plane tempus eſt remiſſum, vt dicitur in *l.* 23. *D. de his, qui not. infam. Parentes et liberi vtriusque ſexus, nec non et ceteri agnati vel cognati ſecundum pietatis rationem et animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit, lugendi ſunt, qui autem eos non eluxit, non notatur infamia*, quæ verba non commode ad Vlpianum referri poſſe putat CVIAC. *cit. l.* ſed potius interpolata eſſe. Plura alia de annuo luctu habet GVTHERIVS *de iur. man. lib.* 3. *c.* 28. Solet etiam hodie annus luctus attendi, vel, prout conſanguinitatis ratio hoc poſtulat, varie determinari, vid. LIL. GREGOR. GYRALD. *de vario ſepel. rit. c.* 13. ibique IO. IENSIVS *in not. num.* 5. Apud Iudæos quæ fuerint lu-

Digitized by Google

lugendi tempora, docet GEIER. *de luct. Hebr. c.* 2. ad quem morem reſpexit AMBROSIVS *in c. quia* 24. *C.* 13. *q.* 2.

§. XVII. Ex his itaque conſtat, qua ratione luctus legibus varie determinari cœperit. Ceterum cum, quæ hactenus adducta ſunt, potiſſimum tantum luctum in genere reſpiciant, luctus publici iura et mores iam ſpeciatim illuſtrare neceſſe erit, quæ ex eis, quæ hactenus dicta ſunt, faciliora intellectu erunt. Luctus eſt vel *publicus* vel *priuatus ſeu domeſticus:* Hic eſt, qui ob funus domeſticum vel alium caſum particularem ſuſcipitur, vel ex lege ſuſcipi et iuxta eam inſtitui et durare debet. *Publicus* vero dicitur, qui totam Rempubl. vel cœtum aliquem concernit, et ſic indicia communis luctus ab omnibus ſuſcipiuntur, variaque præterea ſigna, quæ in priuato luctu applicari non poſſunt, adhibentur. Nam cum et ſinguli et tota vniuerſitas poſſit affligi, effectus quoque afflictionis quin ſequi vtrobique debeat, neceſſe eſt. Publicus autem luctus iterum eſt vel *ſumtus* vel *indictus.* Prioris exemplum occurrit *1. Sam. IV, 13.* et apud LIVIVM *lib. 9. cap. 7.* cum ad furculas Caudinas exercitus Romanus ignominioſam cladem accepiſſet, et deditionem tam fœde factam iniiſſet, quod vbi Romam allatum eſt, tunc *extemplo,* inquit LIVIVS, *ſine vlla publica auctoritate conceſſus in omnem formam luctus eſt. Tabernæ, curia, forum clauſæ, iuſtitiumque in foro ſua ſponte cœptum, priuſquam indictum: laticlaui, annuli aurei poſiti, pæne mœſtior exercitu ipſo ciuitas eſſe etc.* Sic quoque Idem *lib. 2. cap.* 7. refert, Brutum publico luctu honoratum eſſe, *multo maius,* ait, *morti decus publica fuit mœſtitia, eo ante omnia inſignis, quia matronæ annum, vt parentem, eum eluxerunt, quod tam acer vltor violatæ pudicitiæ fuiſſet.* Luctus *indicti* exempla etiam paſſim in hiſtoriis occurrunt; ſic ob occiſum Abnerum luctus publi-

Progreſſus ad luctum publicum.

Luctus publicus ſumtus.

Luctus publicus indictus.

publicus a Dauide videtur impoſitus *2 Sam. III, 31. ſeqq.* In re-publ. libera Romana rariora exempla huius luctus fuiſſe, indicat CICERO *orat. pro Cn. Planc. p. 640.* inquiens: *Aderat mecum ſenatus, et quidem veſte mutata, quod pro me vno poſt hominum memoriam publico conſilio ſuſceptum eſt.* Repetit hoc præterea in *orat. poſt reditum in ſenatu pag. 565.* inquiens: *Noſtra memoria ſenatores ne in ſuis quidem periculis mutare veſtem ſolebant: in meo periculo ſenatus veſte mutata fuit, quoad licuit per eorum edicta etc.* et in *orat. pro P. Sextio p. m. 652.* inquit: *Erat igitur in luctu ſenatus: ſqualebat ciuitas, publico conſilio mutata veſte.*

Luctus publici ſigna (1) mutatio veſtis.

§. XIIX. Oſtendunt itaque hæc iam ex Cicerone adducta loca, *in publico luctu* in primis *mutatas fuiſſe veſtes*, quod mœroris ingentis indicium erat. Sic enim CICERO *cit. l. p. m. 653.* ediſſerit: *Etiamne edicere audeas, ne mærerent homines meam, ſuam Reipubl. calamitatem, neue hunc ſuum dolorem veſte mutata ſignificarent? ſiue illa veſtis mutatio ad luctum ipſorum ſiue ad deprecandum valebat*; et paullo poſt: *Quid? ſua ſponte homines in amicorum periculis veſtitum mutare non ſolent.* Idem quoque in *orat. poſt reditum in ſenatu p. m. 56.* ſenatum cenſuiſſe mutationem veſtium aſſerit, et *cum*, inquit, *vos veſtem mutandam cenſuiſſetis, cunctique mutaſſetis, atque idem omnes boni iam ante feciſſent* etc. cui ſubiungit, hanc mutationem fuiſſe *luctum grauiſſimæ ciuitatis* i. e. *publicum.* Facit huc alius locus apud eund. *orat. in L. Piſon. p. 745.* vbi grauiter inuehitur in Piſonem, quod veſtis mutationem interdictis impedire voluiſſet, quæ tamen publico conſilio eſſet ſuſcepta. Meminit mutationis veſtium etiam LIVIUS *lib. 6. c. 20.* et in primis *lib. 43. c. 16.* vbi, cum Claudius eſſet condemnatus, *extemplo*, inquit, *principes ciuitatis in conſpectu populi annulis aureis poſitis* ve-

veſtem mutarunt, vt ſupplicem plebem circumirent. Plura huc facientia loca congeſſit BARNAB. BRISSON. *de ſolemn. popul. Rom. verb. lib. 2. p. 259.* PETR. FABER. *lib. 2. ſemeſtr. c. 11.* Solebant autem ſenatores in luctu publico magno deponere veſtem ſenatoriam, ſicuti hoc factum eſſe in funere Auguſti, auctor eſt DIO *lib. 55.* vt et ſedem ordinariam elatiorem relinquere, teſte TACITO *lib. 4. annal.* vbi dicitur, quod conſules *ſede vulgari per ſpeciem mæſtitiæ ſederint ob mortem Druſi.* Aliquando etiam veſte atra vſi ſunt, quemadmodum factum eſt in luctu publico ob mortem M. Antonini philoſophi, vid. PETR. MORESTELL. *de pomp. feral. lib. 2. c. 26.* KIRCHMANN. *de funer. Rom. lib. 2. c. 17.* Sicuti autem mutatio veſtis ſolemni decreto indici ſolebat, ita quoque terminus luctui publico deſtinabatur publice, ſolemni formula: *vt ad ſuum veſtitum ſenatores redirent.* Sic CICERO in *orat. in L. Piſon. p. 745.* refert, edixiſſe Piſonem, *vt Senatus contra, quam ipſe cenſuiſſet, ad veſtitum rediret*, quod quoque repetit *orat. pro P. Sextio p. 653.* aiens: ſubito duos conſules edixiſſe, *vt ad ſuum veſtitum ſenatores redirent*, quo etiam videtur reſpicere in *orat. poſt redit. ad Quir. p. 553.* referens, quod ſenatus equitesque Romani pro eo flere ac mutata veſte ſupplicare populo Romano edictis atque imperiis vetiti fuerint.

Redire ad veſtitum quid?

§. XIX. Cetera luctus communia indicia, quæ paſſim allata ſunt, plerumque quoque in luctu publico ſolebant adhiberi. De Scythis commemorat Herodot. *lib. 4.* quod in Regum funeribus aurem decidant, crinem circumtondeant, brachium circumcidant, frontem naſumque conſaucient, ſiniſtram manum ſagittis traiiciant, quem barbarum morem etiam repetit PLVTARCH. *de Conſol. ad Apoll.* Longe plura et maiora luctus pu-

2) Cetera quoque communia indicia luctus ſunt adhibita.

Luctus publicus in morte

Germanici adbibitus deſcribitur.

publici indicia ſe exſeruere in morte Germanici, de qua ita SVETON. *in vita Caligul. c. 5.* ait: *Tamen longe maiora et firmiora de eo indicia in morte ac poſt mortem extitere. Quo defunctus eſt die, lapidata ſunt templa, ſubuerſæ Deum aræ, lares a quibuſdam familiares in publicum abiecti, partus coniugum expoſiti,* et paullo poſt refert, quoſdam regulos audita Germanici morte vxorum ſuarum capita raſiſſe *ad indicium maximi luctus.* Plenius TACITVS *lib. 2. annal. circa fin.* luctum hunc publicum deſcribit, aſſerens, quod ob auditam mortem Germanici deſerta fuerint fora, domus clauſæ, paſſim ſilentia et gemitus, nihil compoſitum in oſtentationem, *et quanquam,* pergit, *neque inſignibus lugentium abſtinerent, altius animis mœrebant.* Vbi feralis vrna cineres Germanici continens, Brunduſium allata eſt, cuncta ad triſtitiam compoſita fuiſſe dicuntur. *Idem omnium gemitus,* ait TACITVS *lib. 3. annal. c. 1. neque diſcerneres proximos, alienos, virorum, feminarum, planctus: niſi quod comitatum Agrippinæ longo mœrore feſſum obuii et recentes in dolore anteibant;* et porro: *præcedebant, incomta ſigna, verſi faſces, atratæ plebes, lacrimis et conclamationibus dolorem teſtabantur. Tiberius atque Auguſta publico abſtinuere, inferius maieſtate ſua rati, ſi palam lamentarentur.* (Sed conf. FORSTNER. *in not. ad Tacit. cit. l.*) *Dies, quo reliquiæ tumulo Auguſti inferebantur, modo per ſilentium vaſtus, modo ploratibus inquies, plena vrbis itinera, conlucentes per Campum Martis faces, illic miles cum armis, ſine inſignibus Magiſtratus etc.* Maiora luctus inſignia iam præparabat populus, niſi reſtitiſſet inuidia Tiberii, ſtudia populi accenſa in Germanici mortem indigne ferentis: *Sic itaque,* demum addit TACITVS, *exuto iuſtitio, reditum ad munia.*

§. XX.

Digitized by Google

§. XX. Quemadmodum vero omnia in Republica, vt hactenus dictum eſt, ſolebant per ſe quieſcere, tabernæ claudi, ita apud plurimas gentes iuſtum viſum fuit, tempore luctus publici IVSTITIVM indicere, et iuſtitiæ ſedem derelinquere. Dicitur enim iuſtitium, quaſi *iuris interſtitio* et *ceſſatio ad tempus*, vt nihil his diebus agi poſſit, A. GELL. *in N. Att. lib. 20. c. 1.* Apud Ægyptios hæc indictio iuſtitii in luctu publico admodum frequens fuiſſe videtur, id quod colligimus ex loco apud DIODORVM SICVLVM *lib. 1. Biblioth. l. 2. c. 3.* vbi luctus publicus ob mortem Regum ita deſcribitur. *Cum Regum Ægyptiorum aliquis e vita deceſſit, illum omnes communi luctu deflent, veſtes diſcindunt, templa clauduntur, IVSTITIVM INDICITVR, feſtiuitates non celebrantur, luto caput fœdant, totos duos et ſeptuaginta dies linteo ac ſindone ſubtus mammas cinguntur, CC aut CCC permixti ſexus bis interdiu vrbem luſtrant, luctum leſſumque nouantes, regisque virtutes ad numeros commemorant: Cibis coctis, vino, omni denique menſæ apparatu abſtinent, non lauacris, non balneis, non vnguentis, non ſtragulis lectis, nec venere denique vtuntur, ſed per eos continuos dies mœrore et luctu afficiuntur.* In hoc egregio loco fere omnia in compendium repetuntur, quæ ſpeciatim antea expoſita ſunt. Subiungit vero, factum aliquando eſſe, vt Ægyptiorum Regum aliqui indigni exiſtimati fuerint, qui ſepulturæ honore honeſtarentur, et ſic etiam luctu publico deſtituerentur, id quod plenius cognoſci poteſt ex traditis ALEXANDRI ab ALEX. *lib. 3. Genial. dier. c. 7.* inquientis: *Fuit in vſu apud Ægyptios, rege defuncto, antequam iuſta dentur per ſacerdotem, qui proximam dignitatem tenebat, omnem vitæ ſeriem, et ipſius dicta factaque, et an fuerit fortiſſime præliatus, an vero ſegnis et deſes,*

3) Peculiariter iuſtitium indici ſolebat.

Ægytiorum luctus publicus.

Digitized by Google

ex alto ſuggeſtu in maximo omnium conuentu perlegi et recenſeri, et ſi vitia præualebant, honore funeris priuari, atque inſepultum cadauer abiici. Si vero virtutes præcellerent, omni honore cumulari, vnguentis deliniri et laudibus celebrari. Videtur itaque etiam iuſtitii indictio dependiſſe apud Ægyptios ex hoc iudicio et cenſura, quam poſt mortem Regis ſubire debebant.

Apud Romanos iuſtitii indictio itidem indicium luctus publici.

§. XXI. Neque ignotus hic mos lugendi publicus Romanis fuit. Nam quemadmodum ab antiquo obtinuerat, vt ob ſummam calamitatem publicam belli vel peſtis iuſtitium indiceretur, vti apparet ex locis adductis in exercit. *de eo, quod iuſtum eſt, durante iuſtitio c. I. §. 9.* ita poſtmodum inualuit etiam, vt ob mortem vel Principis, vel alterius viri ſummi et potentiſſimi, ad deſignandum luctum publicum iuſtitium vel indiceretur vel ſumeretur ſua ſponte. Sic ſumebatur ſua ſponte iuſtitium ob mortem Germanici, teſte TACITO *lib. I. annal. in f.* aiente: *Hos vulgi ſermones audita mors adeo incendit, vt ante edictum magiſtratuum, ante SCtum* SVMTO IVSTITIO *desererentur fora, clauderentur domus etc.* quem morem etiam indigitat IVVENALIS his verſibus *lib. I. ſat. 3.*

Si magna Aſturi cecidit domus: horrida mater
Pullati proceres, differt vadimonia Prætor.

Sic et APVL. *lib. 4. Mileſ. ſub. fin.* ait: *Sic affectæ domus triſte fatum cuncta etiam ciuitas congemebat, luctuque publico confeſtim congruens edicitur iuſtitium.* Quid? quod ob feminarum illuſtrium mortem iuſtitium indictum aliquando fuerit, teſte SVETONIO, vbi de morte Druſillæ ita loquitur *in Calig. c. 24. Eadem defuncta iuſtitium indixit, in quo riſiſſe, lauaſſe, cœnaſſe cum parentibus, aut coniuge liberisue capitale fuit.* Sic itaque iam olim obtinuiſſe apparet, vt ſub pœna luctus publicus indicere-

cere-

Digitized by Google

ceretur, et certo modo determinaretur, quemadmodum etiam iuſtitium longius aliquando prohibere ſolebat, funere facto, de quo rurſus in teſtem voco SVETONIVM *in Tiberio cap. 52.* inquientem: *Statim a funere ad negotiorum conſuetudinem rediit iuſtitio longiore prohibito.* Ceterum et in morte Druſi ad teſtandum luctum publicum iuſtitium indictum fuiſſe, docet PEDO ALBINOVANVS *in Eleg. de morte Druſi* his verbis:

Iura ſilent, mutæque iacent ſine vindice leges,
Aſpicitur toto purpura nulla foro.

Fragmentum marmoreum luctus publici exhibet IAC. GVTHERIVS *de iur. manium lib. 3. c. 29. in fin.* quod hic addere placet:

CONSILIS. PVBLICIS. CON. - -
ANNVM. EXPLETVRVS. - - -
MORTEM. EIVS. IVSTITIO. PER. CON. - -
OMNES. LVXERVNT. CENSV. - - -
INSIGNIBVS. DECORATA. CV. - - -

Quamuis itaque rariſſimum iuſtitium fuiſſe videatur ab initio, adeo vt ne quidem ſemper in funere publico obtinuerit; adulatione tamen creſcente, hic ritus quoque lugendi paullatim creuit, conf. GVTHER. *lib. 2. cap. 2.* Lacedæmonii itidem in funere regis ſui iuſtitium indicere ſolebant, id quod teſtatur HERODOTVS, *in Erato lib. 6. c. 58.* his verbis: *Si quis vero eorum bello periiſſet, eius ſimulacrum effingebant, toroque ſplendide ac magnifice ſtrato componebant, perque decem dies continuos, qui regis funeri dicebantur, iuſtitium indicebatur, et ſilebant fora, nec interim magiſtratuum conſeſſus vllus erat, verum aſſiduus luctus.*

§. XXII.

Ratio luctus publici penes Germanos.

§. XXII. Hæc quidem et alia ſimilia luctus publici indicia olim in vſu fuerunt, et cum arbitraria ſint, non mirandum, quod vſus omnium ſæculorum hic variauerit, et hodie etiam variare ſoleat. Neque enim hodie fora deſeri aut iuſtitium aliquod eo nomine publice indici ſolet; quod tamen olim maximum luctus publici indicium erat, Ægyptiis, Lacedæmoniis, Romanisque frequentiſſimum vſitatiſſimumque. Sed penes Germanos vnquam id obtinuiſſe nullibi legitur, quid? quod, vti §. V. dictum, luctui raro ſe dare ſolebant, quid ergo mirandum, quod tam pauca luctus publici penes eoſdem reperiantur veſtigia. Sed vbi religio Chriſtiana eo in primis tempore, vbi et ipſa infinitis erat, repleta cærimoniis, et externo decoro mirum in modum fauebat, in totam Germaniam introduceretur, pluresque epiſcopi ex Italia et infiniti alii clerici cultiori vitæ dediti vbique apparerent, ſenſim factum eſt, vt ad cultiorem vitam Germani aſſueſcerent, et ſic quoque plura indicia luctus tum priuati tum publici admitterent, exutaque priſtina feritate manſuetiori vitæ ſe dederent. Quamuis enim, vt hactenus ex varia antiquitate adduximus, non raro gentiles quaſdam ineptias circa luctum vtrumque admiſerint, illas tamen ſi remoueamus et ſequeſtremus, indicia ipſa per ſe non ſunt reiicienda, quatenus omnis impatientiæ expertia ſunt.

Iuſtitia luctus publici.

§. XXIII. Quodſi itaque ſubditorum potiſſimum hoc eſt officium, vt non tantum ſummo imperanti obedientiam ſuam præſtent, ſecundum ordinationem ipſius Dei, ſed etiam cultu externo et veneratione ciuili ſuam ſubiectionem et ſubmiſſionem demonſtrent et omni occaſione conteſtentur, quod nec Paullus *Rom. XIII, 7.* diffitetur, conf. GROTIVS *ad cit. l.* quid iuſtius et officio eorum conuenientius eſt, quam dolere cum prin-

principe, et in luctu et ſqualore viuere, vbi ipſum principem luctus afflixit inſignis? Quis improbabit tot rerumpubl. mores, quando in publica lætitia tot argumenta lætitiæ edere certatim conantur, modo non ſint ab omni ratione et ſenſu pietatis aliena, nam ſic Chriſtiana potior eſſe debet religio, quæ externum quidem cultum non reprobat, id tamen merito reprobat, quod in cultu externo maieſtatem diuinam lædit. Placet id referre TERTVLLIANI verbis, quæ quatenus cultus externus tolerari debeat et poſſit, ſatis indicant. Ita autem illi *Apol. c. 35. Propterea igitur publici hoſtes Chriſtiani, quia Imperatoribus neque varios, neque mentientes, neque temerarios honores dicant, quia veræ religionis homines etiam ſolemnia eorum conſcientia potius, quam laſciuia celebrant. Grande videlicet officium focoſæ toros in publicum educere, vicatim epulari, ciuitatem tabernæ habitu obolefacere, vino lutum cogere, cateruatim curſitare ad iniurias, ad libidinis illecebras. Siccine exprimitur publicum gaudium per publicum dedecus? Hæccine ſolemnes dies principum decent, quæ alias non decent? Qui obſeruant diſciplinam de Cæſaris reſpectu, ii eam propter Cæſarem deſerent, et malorum morum licentia pietas erit, occaſio luxuriæ religio deputabitur etc.* Ita videlicet ſunt homines comparati, vt facile excedere poſſint in lætitia publica, et talia committere, quæ cum regulis Chriſtianiſmi conſiſtere nequeunt. Aſt in luctu publico eiuſmodi exceſſus itidem metuendos eſſe, nemo facile dixerit; quamuis enim gentiles, vti ſupra vidimus, ſæpe in luctu publico ad ineptias et blaſphemiam prolapſi fuerint, huiuſmodi tamen næui noſtris in rebuspubl. vix quidem deprehenduntur, quin, ſi comparatiue loqui permiſſum eſt, maiori cum ſanctitate et innocentiori cultu luctum publicum inter Chriſtianos peragi ſolere apparet, quam

ſi in publica verſantur lætitia, et documenta eius edere conantur. Breuiter: Et a regulis Chriſtianiſmi non abhorret luctus publicus externum cultum confirmantibus, nec ab officio boni ciuis alienus eſt, quin potius debitus, cum id quoque indicium animi ſubmiſſi et ſubiecti ſit, luctum hunc publicum indicare, qui priuatim Principem tangit, cum hic totius Reipubl. perſonam gerat, atque adeo totam Rempubl. idem dolor affligere videatur.

Indicit luctum publicum ſummus imperans.

§. XXIV. Quemadmodum vero rariora exempla luctus publici ſumti in antiquitate hiſtorica occurrunt; ita quoque hodie ordinarie et fere vnice tantum obtinet indictus. Indicit autem luctum publicum is, cui alias adminiſtratio ſuprema totius Reip. cum *imperio ſummo* competit, cum indictio hæc normam et legem ſubditis interim præſcribat, ſecundum quam agere debeant. Magis enim hæc indictio accedit ad *legem*, quam ad *mandata*, quippe quæ itidem quidem actum aliquem tranſitorium reſpiciunt, ſed tamen ſimul diriguntur dumtaxat ad certam perſonam: aſt hæc indictio vniuerſos omnesque ſubditos concernit, illisque legem præſcribit, licet ad breue aliquod ſpatium tantum vis eius ſeſe exſerat, ſicuti huius generis plura actus tranſitorios concernentia quoque deprehenduntur in receſſibus imperii, quocirca quæ alias in promulgatione neceſſaria ſunt, hic quoque non omittenda. Et ſicuti ſummo imperanti ius indicendi luctum publicum competit; ita eodem iure recte ei adſcribendum ius determinandi luctum publicum, tum quoad ritus et indicia, tum etiam quoad durationem, idque vel lege generali antecedente, vel pro re nata, occaſione ita ferente.

§. XXV.

Digitized by Google

§. XXV. Modus indicendi luctum publicum arbitrarius plerumque eſt, ne tamen res careat exemplis, placet hic ſubiicere formulam indictionis ſolemnis, qua Auguſtiſſimus Rex noſter luctum publicum ſingulis et vniuerſis ſubditis ſuis ob mortem magni et glorioſiſſimi parentis ſui, FRIDERICI WILHELMI, clementiſſime iniunxit, hoc modo: *Modus indicendi.*

Von GOttes Gnaden Friedrich der Dritte, Marggraf zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Churfürſt, in Preuſſen, zu Magdeburg, Jülich, Cleve, Berge, Stettin, Pommern, ꝛc. Hertzog ꝛc. *Formula indictionis luctus publici ob mortem FRIDERICI WILHELMI.*

Unſern Gruß zuvor, Liebe Getreue!

Welcher Geſtalt dem Allweiſen GOtt nach ſeinem unwandelbaren heil. Rath und Willen gefallen, den Weil. Durchlauchtigſten Fürſten und Herrn, Herrn Friedrich Wilhelm, Marggraf zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerern und Churfürſten, in Preuſſen, zu Magdeburg, Jülich, Cleve, Berge, Stettin, Pommern, der Caſſuben und Wenden, auch in Schleſien zu Croſſen und Schwibuß Hertzogen, Burggrafen zu Nürnberg, Fürſten zu Halberſtadt, Minden und Camin, Grafen zu Hohenzollern, der Mark und Ravensberg, Herrn zu Ravenſtein und der Lande Lauenburg und Bütau ꝛc. Unſern in GOtt ruhenden Hertz-vielgeliebten und gnädigen Herrn Vater, nach ausgeſtandener Krankheit am 29. nächſt abgewichenen Monats Aprilis, Morgens um 9 Uhr zu Potsdam durch einen ſanft und ſeligen Tod, aus dieſer vergänglichen Welt abzufodern, und der Seelen nach in ſein ewiges Reich zu verſetzen, ſolches wird Euch ohne Zweifel bereits wiſſend

 ſeyn.

ſeyn. Gleichwie Wir nun durch ſolchen höchſtſchmerzlichen Todesfall in groſſes Trauren geſezt worden, und zu Unſerm Herzogthum Magdeburg und der Grafſchaft Mannsfeld Magdeb. Hoheit das gnädigſte Vertrauen haben, Sie werden ebenmäßig Ihnen dieſen betrübten Trauerfall laſſen zu Herzen gehen, und darob unterthänigſt Leid tragen; Alſo will Uns als Chur-Erben gebühren, die gegen Hochgedachtes Unſers Herrn Vaters Gnade obliegende Schuldigkeit hierunter allenthalben gehöriger maſſen zu beobachten; Wannenhero Wir verordnet, daß ſothaner tödtlicher Hintritt den erſten Sonntag nach Empfang dieſes, nach dem hierbey kommenden Formular, von denen Canzeln durch das gänze Land notificiret, das dabey befindliche Gebet ſechs Wochen nach einander, des Sonntags nach denen Predigten, abgeleſen, dabenebſt ſolche ſechs Wochen über täglich eine Stunde des Mittags von 12. bis 1 Uhr in drey Pulſen geläutet, alſofort bey Erhaltung dieſes darzu der Anfang gemacht, und zugleich alle öffentliche Muſic ſo wol in der Kirche, als ſonſten überall, bis zu fernerer Verordnung gänzlich eingeſtellet, wie nicht weniger inliegende gemeine Kirchen-Gebete hinführo gebraucht werden ſollen. Committiren und befehlen Euch demnach hiermit in Gnaden, Ihr wollet, daß ſolches alles ohnfehlbar erfolge, bey denen unter Euren Gerichten ſtehenden Predigern und ſonſten, alſofort nach Verleſung dieſes, gehörige Verſehung thun. Hieran geſchicht Unſere Meynung, und Wir ſind Euch mit Gnaden geneigt. Datum Halle, den 3. May 1688.

Indictionis formula luctus publici ob mortem auguſtiſſimæ Reginæ.

§. XXVI. Sed nec prætereunda formula indictionis, quam ad præſentem luctum excitandum ob beatiſſimam mortem Auguſtiſſimæ REGINAE Rex noſter longe clementiſſimus ad Illuſtre Regimen huius Ducatus transmiſit, vt ad ipſius

Digitized by Google

ipſius mandatum luctum omnibus publice indiceret, quod officium ſibi demendatum Illuſtre Regimen ſequenti formula expleuit: Nachdem Se. Königl. Majeſtät in Preuſſen, Unſer Allergnädigſter Herr ꝛc. Dero Regierung des Herzogthums Magdeburg, vermittelſt Dero Allergnädigſten Reſcripts vom 3. dieſes in Hohen Gnaden bekannt gemachet, was maſſen es dem groſſen GOtt, nach ſeinem unerforſchlichen heiligen Rathſchluß, gefallen, Dero Hoch- und Herzgeliebte Gemahlin Majeſtät zu Hannover am 1. Febr. Morgens um 4. Uhr, zu Sr. Königl. Majeſtät ſchmerzhaftem Leidweſen, aus dieſer Zeitlichkeit abzufordern, mit Allergnädigſtem Befehl, alſofort die Verfügung zu thun, daß nicht allein in allen Kirchen Dero Herzogthums Magdeburg Höchſtgedachter Dero Gemahlin Majeſtät ſeliges Abſterben, nach Anweiſung des hierbey kommenden gedrukten Formulars, kund gethan, und der groſſe GOtt um Abwendung aller fernern traurigen und widrigen Zufälle von Sr. Königl. Majeſtät und Dero Königl. Hauſe mit inbrünſtigem Gebet angerufen, ſondern auch in allen Kirchen in Städten und auf dem Lande von 12. bis 1. Uhr Mittags die Glocken ſechs Wochen geläutet, und alle Muſic und öffentliche Frölichkeit auf ein ganzes Jahr eingeſtellet, auch alles, was in dergleichen traurigen Begebenheiten hergebracht, veranlaſſet werde; Als wird Sr. Königl. Maj. Allergnädigſte Verordnung und Willens-Meynung Männiglichen in dieſem Herzogthum hiedurch bekannt gemacht, und werden ſich alle und jede darnach gebührend zu achten, auch inſonderheit Sr. Königl. Majeſtät Bediente, und die von dem Dohm-Capitul, Prälaten und von Adel, für ſich und die Ihrigen, nebſt denen Magiſtraten in denen Städten, wegen der Trauer, ihre allerunterthänigſte Deuotion und Schuldigkeit bey dieſer Bege-

benheit gebührend zu beobachten wiſſen. Urkundlich unter dem Königl. Preuß. Regierungs-Secret des Herzogthums Magdeburg. Gegeben Halle, den 5. Febr. 1705.

Königl. Preußiſche zur Regierung des Herzogthums Magdeburg verordnete Præſident und Räthe.

Quid, ſi lis ſit de principatu, quis luctum publicum indicere poſſit?

§. XXVII. Quemadmodum autem haud raro accidere ſolet, vt principes inter ſe de principatu ipſo contendant, quo ipſo fit, vt actus imperii quoque litigioſi fiant; ita exempla teſtantur, in indicendo luctu publico contradictiones hinc inde motas, et quem alter vi imperii indixit, ab altero rurſus prohibitum fuiſſe, adeo vt ſæpe res ad concertationes violentas deducta fuerit. Exempla enim adſunt, ab his per manum militarem campanarum pulſum fuiſſe exercitum, ab aliis clauſa templa, vel aliud quid tentatum, ne muſica organica in templis exerceri poſſit etc. Quid ergo in hoc caſu iuris ſit, et quale ſubditorum officium eſſe debeat, paucis nunc inquirendum. Equidem vbi ex litigantibus alter in poſſeſſione principatus eſt, ille interim, donec de iure conſtiterit, omnes exercet actus imperii, tanquam poſſeſſionis effectus, et ſic quoque indicit luctum publicum, id quod præterea in aliis iuribus communiter obſeruatur, veluti in petenda renouatione inueſtituræ, AFFLICT. *in c. vn. in fin. n.* 66 *de pac. ten. int. ſubd.* STRYK. *in exam. Iur. feud. c.* 18. *qu.* 32. vel aliis ſimilibus actibus. Quodſi neuter in poſſeſſione deprehenditur, ſed forſan ſequeſtro principatus ſubiectus eſt, conueniens eſt, vt neuter interim luctum publicum indicere poſſit, cum vnius indictio non poſſit fieri ſine alterius ſummo præiudicio, et præterea per ſequeſtrationem interim poſſeſſio vtriuſque ſuſpenſa fuerit, quod potiſſimum tunc obti-

obtinet, ſi de iure litigantium nondum conſtat. An autem ſequeſter hoc caſu luctum publicum indicere poſſit? maxime ex illa præiudiciali dependet quæſtione, quid iuris interim competat ſequeſtro in principatu? an poſſideat, et ita actus imperii quoque exerceat? Iura enim ſummi imperii cum cohæreant territorio, fas quoque erit, vt exerceantur ab eo, qui territorium poſſidet. Notum autem eſt, quod ſequeſtrum poſſit varias ob cauſſas, variumque in finem fieri, tum vt res interim conſeruetur, cuius dilapidatio a poſſeſſore alias metuenda eſt, tum etiam vt neuter ex litigantibus interim poſſideat, quorum iura circa poſſeſſionem ſunt obſcura; interea tamen metuendum, ne litigantes ob potentiam ad arma veniant, vid. ALEX. TRENTACINQ. *variar. reſol. lib.* 3. *reſ.* 12. *num.* 2. et ſic hoc vltimo caſu ipſa poſſeſſio quaſi ſequeſtrata eſt. vid. IO. GOEDDEVS *de ſequeſtrat. poſſeſſ. et fruct.* De hoc caſu itaque potiſſimum ſequeſtratæ poſſeſſionis, quid iuris ſequeſtro competat, videndum? Hoc primo certum eſt, neutrum ex litigantibus interim poſſidere, vel ſaltim effectus poſſeſſionis exercere poſſe. *l. licet deponere* 17. §. 1. *depoſ.* ibi: *id enim agitur ea depoſitione, vt neutrius poſſeſſioni id tempus procedat*; *l.* 39. *D. de acquir. poſſeſſ.* ibi: *omittendæ poſſeſſionis cauſſa.* Sed tamen ſecundum illud inde fluit, ſequeſtrum interim exercitium ſeu effectum poſſeſſionis habere debere, ſine quo talis ſequeſtratio intelligi non poteſt, licet tale exercitium neutri parti præiudicare debeat, vt dicitur in *Ordin. Cam. Imp. p.* 2. *tit.* 21. §. *fin.* ſollen Cammer-Richter und Beyſitzer Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Partheyen, oder für ſich ſelbſt ex officio, die Poſſeſſion zu ſequeſtriren, und ſo das beſchehen, ſoll alsdenn ſolches keinem Theil an ſein Inhaben oder Beſitz in Rechten nachtheilig ſeyn. conf. *R. I. de Ao.* 1532. *tit.* 2. §. 15.

An ſequeſter poſſit indicere luctum publicum?

Quodſi

Quodſi itaque interim ſequeſter omnia iura principatus vel territorii exercere, leges ſubditis territorii ſequeſtrati præſcribere, iudicia adornare, cauſſas decidere, et quæ alia huius generis ſunt, præſcribere poſſit, quis negare poterit, eundem etiam luctum publicum indicere poſſe in eodem territorio? quippe quod effectus poſſeſſionis ipſius territorii eſt, cuius exercitium in ſequeſtrum eſt translatum.

An tutor principis poſſit luctum indicere?

§. XXVIII. Quemadmodum vero *tutor principis* idem poteſt, quod ipſe Princeps, et iura imperii interim exercet, BRVNNEM. *conſ.* 2. *n.* 14. *ſeq.* quamuis pupilli nomine expediat omnia: HERTIVS *de tutela regia ſect.* 2. §. 10. ita facile intelligitur, eundem quoque occurrente caſu luctum publicum indicere poſſe. Conſtat enim eundem leges ferre, programmata et reſcripta edere et expedire poſſe. CALDAS DE PEREYRA *ad l.* 3. *C. de reſtit. minor. n.* 121. Quidni ergo et luctum publicum indicere? quoniam indictio talis ordinarie per modum legis vel per reſcripta expeditur. Quid? quod exempla adſint, tutores interim, dum adminiſtrationem regni habuerunt, coronatos et regia dignitate inſtructos fuiſſe, vti exemplo Eudonis, Burgundiæ Ducis, Caroli ſimplicis a Francis conſtituti tutoris, atque, vt auguſtiore polleret poteſtate, in regem coronati probat CAROL. DV FRESNE *in Gloſſar. voc. Heredes*, quo et alia exempla ab HERTIO *cit. l.* §. 10. adducta ſpectant. Neque matri tutrici hoc ius denegandum, cum omnia illa iura exercere poſſit, quæ alias tutores regii vel principum habent, quod late deduxit STRYK *de tut. mat. princ. Imp. c.* 4. §. 5. cum etiam exempla exſtent, matres tutrices varias edidiſſe conſtitutiones, quod exemplo Henriettæ Catharinæ, nomine filii principis Anhaltini Deſſauien-

nienſis, varias conſtitutiones edentis in cauſſis matrimonialibus probat *d. cit. l.* §. 7.

An Imperator per totum imperium?

§. XXIX. Cum itaque luctus publicus per modum imperii regulariter indicatur, atque adeo inde quoque agnitio imperii ſaltim præſentanei indicentis concludatur, ſi luctus publicus auctoritate eiuſdem indictus fuerit, non adeo ambiguam habet diſceptationem quæſtio, quid *Imperator* in indicendo luctu publico per imperium valeat nec ne? Hoc enim hodie tum ex *praxi*, tum ex *ſtatu imperii* ſatis conſtat, Statuum noſtrorum αὐτοκρατορίαν haud admittere, vt imperator imperii actus, præſertim ſi per leges aliquid expediendum et ſubditis iniungendum, in *Statuum territoriis* exerceat, licet ſæpe externum ſchema veteris Imperii figuræ hinc inde deprehendatur. Multo minus itaque *Statibus* per modum imperii imperare poteſt luctum publicum, licet hi non dedignentur comiter Maieſtatem eiuſdem habere, adeoque ob mortem Imperatoris luctum indicere. *Praxin* hanc ſatis comprobat præſens totius imperii luctus publicus, quem ſumſit ob obitum Imperatoris inuictiſſimi et auguſtiſſimi LEOPOLDI I. Regis Bohemiæ et Hungariæ, quem, cum prouidentia DEI in ſalutem Imperii totius ad ſatis digniſſimam provexerat ætatem, tandem d. V. *Maii huius anni*, (*) inter turbas quamuis belli, placidiſſima tamen morte, ad ſe euocauit. Digniſſimus certe Imperator, cuius mortem tota lugeret Europa, quidni ergo etiam imperium, cuius adhuc ſunt rationes peculiares? Sic itaque a ſtatibus territoriorum luctum publicum indictum eſſe

(*) Conſcripta eſt hæc exercitatio anno cIↃ IↃ cc v.

per vniuerſum imperium relatum eſt, quod et Potentiſſimi et Auguſtiſſimi Regis noſtri exemplum probat, vt ex ſequente programmate publico apparet: Nachdem es dem allmächtigen GOtt gefallen, den Allerdurchlauchtigſten, Großmächtigſten Fürſten und Herrn, Herrn LEOPOLDEN, erwählten Römiſchen Kayſer, auch zu Ungarn und Böhmen König, den 5ten dieſes aus dieſer Vergänglichkeit abzufordern; Als haben Se. Königl. Majeſtät in Preuſſen, Unſer Allergnädigſter Herr, in Gnaden verordnet, daß ſolches Männiglichen in Städten, Flecken und Dörfern in Dero Herzogthum Magdeburg und Grafſchaft Mannsfeld, Magdeburgiſcher Hoheit, von denen Canzeln kund gethan, und die Göttliche Allmacht angerufen werden ſolle, das Heil. Röm. Reich bey jetzigen weit ausſehenden und gefährlichen Coniuncturen wider deſſen Feinde kräftiglich zu ſchützen, damit ſelbiges durch ſothanen Kayſerl. Todesfall keinen Anſtoß leiden, ſondern vielmehr durch den bereits erwehlten Römiſchen König, als deſſen deſignirten Allerdurchlauchtigſten Succeſſorem, zu erwünſchtem geſegnetem Ruheſtand gebracht werden möge; Wobey denn auch Se. Königl. Majeſtät in hohen Gnaden befohlen, daß 14. Tage nach einander alle Glocken um 12. Uhr Mittags mit 3. Pulſen geläutet werden ſollen, mit dem Allergnädigſten Anfügen, daß die Muſique, welche ſonſten bey dergleichen Fällen auf 6. Wochen verboten worden, ohnedem anjetzo nachbleiben müſte; Wornach ſich ein jeder, den dieſes angehet, und der dabey ein und anders zu verfügen hat, allergehorſamſt zu achten, und Sorge zu tragen wiſſen wird, daß alſofort, nach Ankunft dieſes, mit dem Läuten der Anfang gemachet, und ſolches 14. Tage continuiret werde. Uhrkundlich unter dem Kö-

nig-

Digitized by Google

niglichen Preußiſchen Regierungs-Secret des Herzogthums Magdeburg. Gegeben Halle, den 19. Mai. 1705.

Königl. Preußiſche zur Regierung des Herzogthums Magdeburg verordnete Præſident und Räthe.

An patroni luctum indicere ob funus domeſticum poſſint?

§. XXX. Quamuis ex hactenus dictis perſpicuum ſit, indictionem luctus publici fluere ex iure vel exercitio *imperii publici*, inualuit tamen in pleriſque eccleſiis *patronatis*, vt quædam indicia luctus publici, qualia ſunt quotidianus *campanarum ſonitus*, et intermiſſio *muſicæ organicæ* et inſtrumentalis in *templis*, ad aliquod tempus ob funus priuatum patroni adhibeantur, et ita a patrono in eccleſia patronata adornentur. Cum enim potiora luctus publici indicia in templis ſeſe exſerant, facillimum patronis fuit, illum morem externum dolendi ſibi quoque attribuere, in primis in tali eccleſia, quam vel *fundarunt*, vel *exſtruxerunt*, vel denique *dotarunt*. Simile quid deprehendimus circa *preces publicas*, in eccleſiis fieri ſolitas, quibus primario commendari DEO ſolet Princeps territorii, ſed etiam idem prætendit patronus, quod et praxi quotidiana ſeruatur, BRVNNEMANN. *de iure eccl. lib.* 2. *c.* 8. §. 25. CARPZOV. *Iuriſpr. eccl. lib.* 2. *def.* 259. *num.* 13. Quodſi fundamentum huius vtriuſque praxeos inueſtigamus, non alia fere reddi poteſt ratio, quam quod hæc debeantur patrono ob *honorem* et *reuerentiam* ſeu externum cultum, ad quem exhibendum eccleſia ſecundum canones obligatur, quo intuitu etiam præeminentiam ſeu primum et præcipuum locum eidem tribuunt in templo et proceſſionibus *c. piæ mentis* 26. *in fin. c. Frigentius* 27. *C.* 16. *q.* 7. *c. nobis* 25. *X. de iur. patr.* Equidem hos textus alias varie explicant Canoniſtæ, adeo vt quidam dubitent, an etiam cultus ex illis erui et deduci poſſit,

ſit, GONZAL. TELLEZ *ad c. cit. 23. verb. Honor. proceſſionis,* ſed ſicuti ipſe *in f.* non diffitetur, hodie non recedendum eſſe a communi acceptione et interpretatione, ita ſatis fundatum eſt ius hocce honorificum in ipſa naturali ratione, cum honeſtas ſuadeat, vt benefacienti honor et reuerentia exhibeatur. Conf. PAVL. DE CITADIN. *de iure patron. p. 6. art. 6. n. 2. ſeq.* CARPZ. *iuriſpr. eccl. l. 1. def. 55. n. 9. et 10. et lib. 2. def. 259. n. 13. ſeq.*

An domini iuriſdictionales meri poſſint ob funus domeſticum luctus publici adornare indicia?

§. XXXI. Sed an etiam præter patronos *domini iuriſdictionales*, vti ſunt plerumque nobiles in pagis, indicia luctus publici in pago ob funera domeſtica adhibere poſſint, non inepte quæritur? Et quidem ſi ab omni obſeruantia inueterata, quæ legis vicem obtinet, præſcindimus, vix eſt, vt affirmatiuam amplecti queamus. Hactenus enim aſſertum eſt, ius indicendi et adornandi luctum publicum vel ab *imperio ciuili ſummo* vel *a iure honorifico*, ab eccleſiis patronis præſtando, petendum eſſe: ſed, neutrum ad meros dominos iuriſdictionales, omni iure patronatus et eccleſiaſtico deſtitutos, applicari poteſt, quippe qui iuriſdictionem quidem in ruſticos habent, ſed non ſummum imperium, atque inde non ſequitur: Inueſtitus eſt in pago cum omnimoda iuriſdictione, ergo poteſt etiam ob funera domeſtica indicia luctus publici in pago adhibere et indicere. Sed cum in iuriſdictionis actibus mores locorum varient, et ſic obſeruantia conſtans vtramque faciat paginam, id quod in terris Saxonicis et circumiacentibus in primis vſu venit, facile concedimus, ad obſeruantiam in primis reſpiciendum eſſe, *arg. l. quid ſi 31. §. 18. de Ædil. edict. l. 1. §. f. de ventr. inſpic.* cui ceu matri reuerentiam exhibendam volunt. Dd. CARPZ. *iuriſpr. eccl. lib. 2. def. 262. n. 6.* Quemadmodum enim cetera omnia

Digitized by Google

omnia iura præſcriptione immemoriali acquiri poſſunt, quis negabit, hoc quoque ius vſurpandi luctus indicia publica a dominis iuriſdictionalibus in pagis ita acquiri poſſe? Atque adeo hoc nomine actiones confeſſorias et negatorias vtiles in praxi obtinere, exemplis oſtendit SCHWENDENDORF. *de act. forenſ. ſect. 2. m. 1. art. 44. et 345. ſeq.* Id quod declaratur Reſcripto ſequenti, quod ſereniſſimus quondam Adminiſtrator Epiſcopatus, nunc Ducatus Magdeburgenſis AVGVSTVS in caſu controuerſo dedit. Auguſtus ꝛc. , Wohlgebohrner und Edler, lieber Getreuer. Welcher geſtalt N. N. zu S. ſich über das Conſiſtorium zu E. wegen an die Prieſter und Schulmeiſter des Ambts S. ertheilter Inhibition, das von den N. N. angeordnete Hinläuten Ihrer ſel. verſtorbenen Mutter nicht zu verſtatten, unterthänigſt beſchweret, ſolches habet Ihr inliegend zu erſehen. Wann dann nun, wie angeführet, dergleichen Hinläuten bey dem Ambte S. in begebenden Fällen hergebracht, demſelben niemals vorhin contradiciret worden, es ohnedem auch nichts ungewöhnliches, daß dergleichen von denen, ſo Iuriſdiction über einem Ort haben, angewieſen werden, ſolches auch die letzte Ehrenbezeigung der Verſtorbenen zu ſeyn pfleget; ſo ſehen Wir nicht, wie gedachtes Conſiſtorium daſſelbe ſcharf verbieten mögen: Begehren dahero an Euch hiermit gnädigſt, Ihr wollet dieſes Beginnen dem verordneten Conſiſtorio gebührend verweiſen, und ſie dahin halten, damit N. N. in ſeinem Herkommen und Befugniß nicht ferner beeinträchtiget, ſondern das angeordnete Läuten ungehindert vollbracht werden möge. Hieran ꝛc. Und Datum Halle, den 31. Aug. Ao. 1666. Quodſi de immemoriali præſcriptione vel conſtanti obſeruantia nondum ſatis

 con-

conſtat, hactenus tamen is, qui in poſſeſſione vel quaſi præſentanea indicia publica luctus adhibendi conſtitutus eſt, per mandata manutenentiæ in illa conſeruandus eſt, donec de iure legitime conſtiterit, quo ſpectat ſequens reſcriptum in eadem cauſſa datum: Friedrich Wilhelm, Chur-Fürſt ꝛc. Was N.N. zu S. auf Euer wider denſelben wegen des bey ſeines Sohnes Todes-Fall jüngſthin angeordneten Hinläutens, übergebene Beſchwerde, und darauf ergangene Verordnung gegenberichtlich in Schriften vorgeſtellet, und zu verfügen gebeten, ſolches wird Euch vermittelſt des Inſchluſſes hierbey abſchriftlich communiciret, mit Gnädigſtem Befehl, Ihr wollet bey ſo bewanten angeführten Umſtänden, da der ſupplicant unterſchiedliche Actus des Hinläutens quiete exerciret, Ihn bey der dadurch erlangten Poſſeſs vel quaſi ſo lange geruhig laſſen, bis Ihr durch ordentlichen Weg Rechtens ein anders wider Ihn ausgeführet. Hieran, ſeynd ꝛc. Dat. Halle, den 7. Aug. 1684.

Tempore luctus publici illicitæ ſunt choreæ et omnis muſica inſtrumentalis.

§. XXXII. Sed nunc propius ad ipſum luctum publicum, et indicia illum exprimentia reuertimur. Sicuti vero ex illis, quæ ſupra tum ex moribus gentium, tum ex iure Romano adducta ſunt, apparet, nihil conuenientius eſſe in luctu publico, quam vt omnes hilaritates intermittantur, et prohibeantur; ita quoque in praxi idem obſeruari, ex ſupra adductis reſcriptis apparet. Quamuis itaque alias *choreæ* vel *ſaltationes* publicæ in conuiuiis nuptialibus vel aliis occaſionibus tolerentur, nec quoad externum forum vllam habeant pœnam, immo quamuis præterea vſus *muſicæ inſtrumentalis* haud interdictus ſit ſubditis in Republica; tamen vtrumque tempore luctus publici in delictum abit, poſtquam vtrumque ſub pœna arbitraria prohibitum eſt. Et ſane contra officium agerent ſubditi, ſi ineptiis hiſce, hilarita-

ritatis ſpeciem præ ſe ferentibus, ſeſe dare vellent, quo ipſo non poſſent non externum cultum principi debitum violare. Pœna ipſa in tranſgreſſores ſtatuenda eſt arbitraria, niſi certa in Edicto principis adiecta fuerit. Declarat hoc CARPZ. *iuriſpr. conſiſt. lib. 2. def. 157.* præiudicio, vbi inter alia hæc occurrunt: **Ob ihr nun wol in den Gedancken ſtehet, daß, weil die** Muſic **und das Tanzen an ſich ſelbſt nicht zu verbieten, einige Strafe desfalls nicht ſtatt haben möge. Dieweil aber gleichwol erwehnter maſſen bey ietziger Trauerzeit ſolches alles einzuſtellen, geſtalt dann das Churfl. Gnädigſte** Edict **hiervon öffentl. abgeleſen u. angeſchlagen worden; ſo haben ſich dahero weder ihr, die Spielleute, noch auch diejenigen, ſo getanzet, der willkührlichen Strafe, ſo ihnen von der Obrigkeit deswegen auferlegt werden möchte, nicht zu entbrechen. V. R. W.** conf. Id. *lib. 2. def. 262.*

An lex tantum intra territorium ſubditos ſtringat?

Ceterum an hæc lex, de intermittenda omni hilaritate tempore luctus, ſubditos tantum ſtringat intra territorium principis, an vero etiam eo vſque ſe extendat, vt nec in alterius territorio, vbi luctus ceſſat, ſubditis permiſſum ſit, choreis et ſaltationibus intereſſe, quæritur? Plerumque videlicet contingere ſolet, vt pagi alterius territorii ita proxime alterius territorium, vbi luctus publicus indictus eſt, attingant, vt ſubditi æque facile id in territorio vicino exercere poſſint, quod illis non eſt permiſſum in proprio territorio. Iam quidem haud diffitemur, leges ordinarie tantum ſe exſerere intra fines territorii, hoc videlicet ſenſu, vt extra territorium non poſſint habere effectum; verum ſi ſupponimus, quod iam ſuppoſuimus, ſaltationes illas prohibitas in delictum incidere tempore luctus, talia autem ne quidem a ſubditis extra territorium in fraudem legis fieri poſſe, quia ſic per indirectum legis vigor et intentio

Prin-

Digitized by Google

Principis effectu careret, non dubitamus aſſerere, nihilominus ſubditos adhuc extra ordinem puniri poſſe. Solet hæc quæſtio quoque occurrere in duellis prohibitis, vbi prima duellantium cautela eſſe ſolet, vt in territorio peregrino, vbi duella non ita ſtricte ſunt prohibita, hæc committant, vt ita in fraudem legis faciant, quis aſſerere auderet, duellantes hoſce non eſſe puniendos, licet extra territorium deliquerint. Accedit, quod luctum publicum indicentis intentio, et optimi ciuis cuiuſcunque obligatio hæc potiſſimum ſit, vt ſubditi quoque externo cultu demonſtrent cultum externum erga ſuum principem, quod contrariis factis in tali caſu plane negligitur. Sicuti autem hoc maxime de tali caſu intelligendum, ſi in fraudem legis ſubditi ad haſce ineptias exercendas in peregrinum territorium ſecedant, v. c. ſi nuptias in pago proxime adiacente, legi de luctu publico non ſubiecto, inſtituant, vt eo ſecurius poſſint choreas inſtituere, et muſicam inſtrumentalem adhibere; ita huc non pertinere facile largior, ſi quis non ex condicto, ſed alia ex neceſſitate in peregrino territorio verſetur, et ita hiſce hilaritatibus, occaſione ita ferente, interſit, hic enim vel ideo excuſandus eſt, quod nihil in fraudem legis committere voluerit.

Vſus muſicæ inſtrumentalis in templis intermittitur, an recte?

§. XXXIII. Præterea ob luctum publicum in *templis*, tum *inſtrumentalis muſica* intermittitur, tum altaria *lugubribus*, immo et ipſi miniſtri eccleſiæ, miniſterium ſacrum coram altari peragentes, *ſtola lugubri* indui ſolent et debent. Si ius canonicum conſulimus, id illicitum et ſub pœna prohibitum eſſe apparet in *c. quicunque* 13. *C.* 26. *q.* 5. vbi in *Concilio Toletano III.* ita conſtitutum legimus: *Quicunque ſacerdotum vel miniſtrorum deinceps cauſſa cuiuslibet doloris vel amaritudinis permo-*

tus

tus, vt altare diuinum veſtibus ſacris exuere præſumſerit, aut qualibet alia veſte lugubri accinxerit, ſeu etiam, ſi conſueta ſacrorum luminariorum obſequia de templo Dei ſubtraxerit, et exſtingui præceperit; ſi eum antea veræ pœnitudinis coram metropolitano ſatisfactio non purgauerit, ignobilitati perpetuæ mancipatus, iuxta ſuperiorem ſententiam Domini loci ſui dignitate ſe nouerit et honore priuari etc. Qua concilii conſtitutione permotus SCHILTERVS *Inſtit. Iur. Can. lib. 2. tit. 1. §. 39. lit. a. in not.* credidit, luctum publicum in templo quoad cultum diuinum ſe exſerere haud debere. *In Republica Hebræorum,* inquit, *ne quidem ſacerdos lugebat, multo minus ſanctuarium; luctus hominis non debet afficere aut minuere liturgiam ſiue cultum DEI, ſed rem publicam et lætitias publicas, niſi ex ſua natura, vt in memoriam paſſionis Dominicæ. Carpz. 2. def. eccl. 263. diſtinguit inter cultum internum et externum, quem excipit. Sed reſpondetur, ſublato externo minui ſolet internus, ſublato medio excitandi interni: qui minuit media, minuit finem. Quod ad glorificationem nominis diuini inſtitutum, non debet intermitti ob cauſſam ſecularem.* Verum ſi non aliis argumentis quam hiſce, quibus Schilterus, vir alias ſolidioris doctrinæ, vtitur, luctus publici ratio in templis impugnari poteſt, facile quilibet nobiſcum concedet, ritus hoſce in eccleſia tolerari poſſe. Nam (1) a luctu Leuitico nullum argumentum recte ducimus ad noſtra tempora, noſtrumque cultum eccleſiaſticum in N. T. qui magis arbitrarius, ſecus ac Leuiticus. Cur enim non iisdem amplius vtimur veſtibus, quibus olim ſacerdotes? cur non vno contenti ſumus templo? (2) Neque obſtat, quod cultus ciuilis et politicus ſe non debeat exſerere in liturgia ſacra; quamuis enim hoc admitti poſſit, tamen adhuc dubium ſupereſt, an

Reſpondetur dubiis Schilteri.

etiam intermiſſio muſicæ inſtrumentalis vel organicæ in templis et alia indicia lugubria vnice pro ſcopo habeant cultum externum politicum? Id quod nego, quin potius, cum luctus ob mortem principis vniuerſam affligat Rempubl. non raro alia clades Rempubl. affligere ſolet; quæ vt auertatur, merito quoque per hæc lugubria homines ad pœnitentiam et reſipiſcentiam commonendi, vt luctus externus ſit ad internum incitamentum. CARPZ. *cit. def. 263. n. 11.* Vnde non infrequens eſt, preces publicas hunc in ſenſum formare, et per aliquot hebdomades finita concione recitare, ceu factum eſt poſt beatiſſimum obitum Magni FRIDERICI WILHELMI, quæ preces adhuc typis exſcriptæ exſtant, et per ſex hebdomadas continua ſerie recitatæ ſunt. Neque denique (3) valet reſponſio Schilteri ad rationem decidendi Carpzouii, quod cultus externus minuat internum, nam id quidem petit id, quod eſt in principio. In pauciſſimis pagis dantur organa, ſeu alia muſica inſtrumentalis adhibetur, quis vero aſſereret, cultum ſacrum eo ipſo deliquium aliquod pati vel imperfectum eſſe. Recte CARPZ. *cit. l. n. 8. Sine organo, inſtrumentis muſicalibus et cantionibus figuralibus, vt vocant, cultum celebrari poſſe diuinum, qui potiſſimum in corde, mente ac deuotione hominum conſiſtit, nemo noſtratium inficias ibit.* Certe ſi aliorum iudicia de muſica ſiue organica ſiue inſtrumentali conſideramus, vix eſt, vt nobis perſuadeamus, illam ad ædificationem eccleſiæ aliquid facere. Quidni ergo tempore luctus ſine vllo damno eccleſiaſtico intermitti poſſet? Equidem DVARRENVS *de Sacr. eccl. miniſt. lib. 1. c. 14.* iudicia vulgi communia his circumſcribit verbis: *hodie ſic iſta modulatio vbique probatur, vt inter omnia eccleſiæ miniſteria tanquam*

quam præcipuum et maxime neceſſarium habeatur celebreturque. Aſt vbi ex veri iudicio, et non ad popularem ſententiam directo, rem æſtimamus, tantam neceſſitatem in muſica non adeſſe reperimus, quin ſicuti inter mera adiaphora refertur, ita princeps poteſt de illa diſponere. BRVNNEM. *de Iur. Eccl. lib.* 1. *c.* 6. *m.* 8. §. 4. THOMASIVS *de iure princ. circ. adiaph. c.* 2. §. 7.

§. XXXIV. Cetera luctus publici indicia dependent ex determinatione ipſius *imperantis*, neque adeo vllam dubiam habent iuris æſtimationem. Plura ex his ſpectant ad merum decorum, et ita a reſpectibus iuris facilius ſeparari poſſunt. De ſingulorum obligatione ad ſumenda lugubria tempore luctus nihil adeo etiam addendum exiſtimo, poſtquam edicto id itidem ſolet declarari, quinam præcipue lugubria conſueta adornare intra priuatos parietes debeant, vbi plurimum cuiuslibet zelo committitur, quo cultum ſuum externum erga principem exprimere conentur, quæ quia nihil adeo dubii iuris habent, hic quidem intacta relinquo. *Quid de reliquis luctus publici indiciis ſentiendum?*

§. XXXV. Atque hæc ſunt, quæ, temporis ratione ita iubente, de luctu publico, pendente luctu publico duplici, ſcilicet totius Imperii, præcipue vero regni Boruſſici, meditati ſumus. Quodſi minus idonee, et pro materiæ dignitate minus digne, de illa ediſſeruimus; tamen vel ſola ſubiectionis deuotiſſimæ conſideratio, ad quam conteſtandam in publicum prodire auſi ſumus, defectum hunc, vt ſperamus, ſupplebit. DEVS vero, ſtator imperiorum, optimum REGIS noſtri potentiſſimi, iam quidem mœſtiſſimi, ſolatium, minuat in eius *Concluſio.*

Dd dd dd d 2 ani-

animo luctum, quem ex obitu placidiſſimo Auguſtiſſimæ REGINAE ſuſcepit, faxitque clementiſſime, et, quod vulnus ex hac morte Auguſtiſſimæ Domui Boruſſicæ inflictum eſt, largiſſima leniatur benedictione, omnemque per ætatem auguſtiſſima domus ſtet ſalua et inconcuſſa, quippe quæ etiam inter varios luctus nihilominus per gloriam in perpetuum viuit, et adhuc in poſterum quoque viuet.

F I N I S.

005267253

2

16740

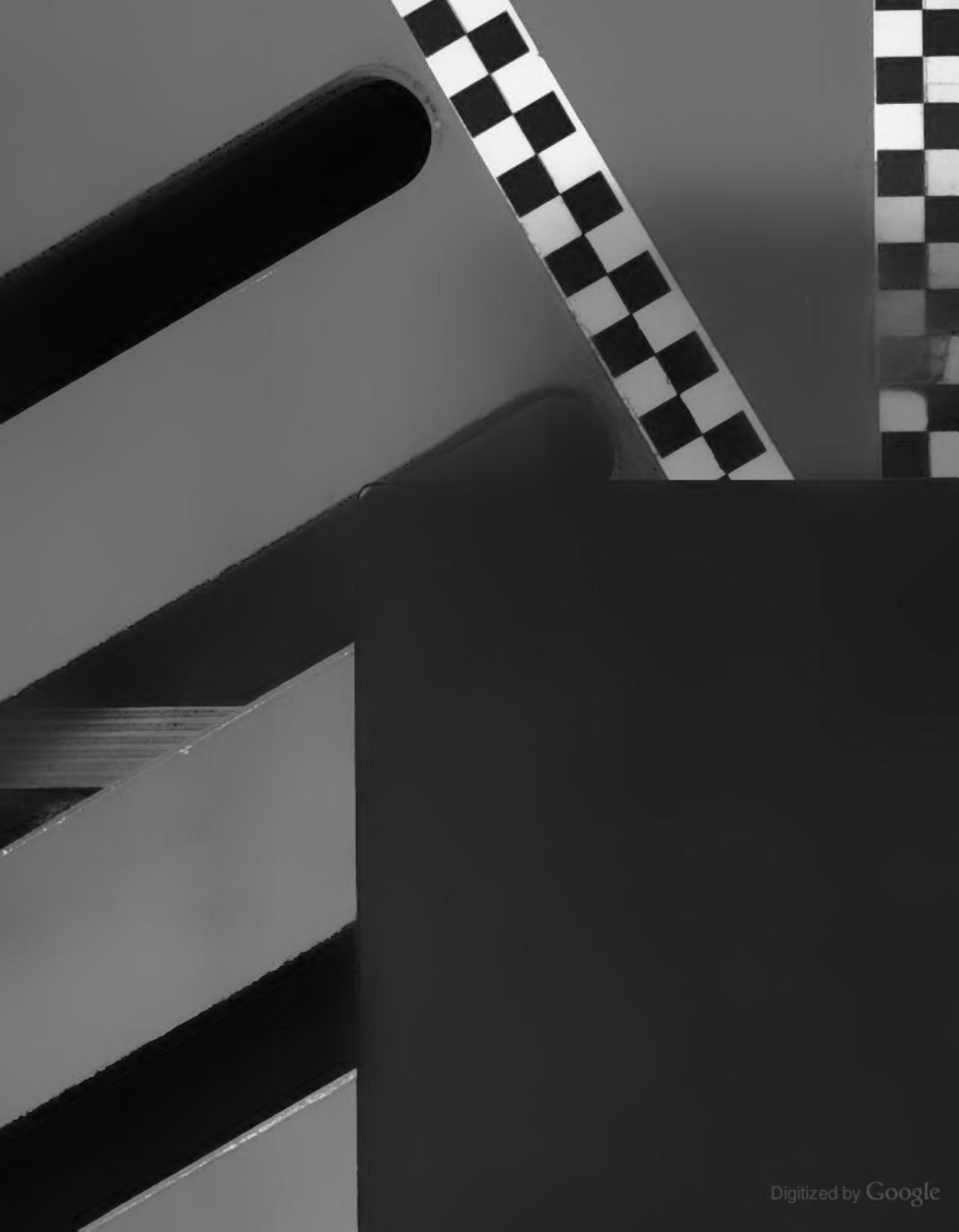
1133

Digitized by Google

Digitized by Google

RMGE 000929 0032679-3

Digitized by Google



Digitized by Google